Die Amtserschleichung mittels Täuschung und ihre Wirkungen

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

vorgelegt von

Helmut Leschhorn
Gerichtsreferendar

Breslau 1928
Druck von Otto Gutsmann, Breslau I, Schuhbrücke 32.

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau.

Berichterstatter: Professor Dr. Heilborn.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung: Der Tatbestand der Amtserschleichung 9

A. Die Amtserschleichung als Grund zur Entlassung im Wege des Dienststrafverfahrens 11

I. Die Amtserschleichung als vor der Anstellung begangene Verfehlung 11

II. Die Amtserschleichung als in einem früheren Amt begangene Verfehlung 13

1. wenn der Dienstherr derselbe geblieben ist 13

2. wenn der Dienstherr ein anderer ist 14

B. Die Amtserschleichung als Grund zur Entlassung ohne vorhergehendes Dienststrafverfahren 16

I. Zulässigkeit der Ungültigkeitserklärung 16

1. Die Rechtsnatur der Beamtenanstellung 16

2. Der Einfluß der Täuschung auf die Gültigkeit rechtsgeschäftlicher Verwaltungsakte 20

a) Die entsprechende Anwendung des § 123 BGB. 20

α) Die Ansicht des Reichsgerichts und der ihm folgenden Schriftsteller 20

β) Die Heranziehung von Privatrechtsnormen im öffentlichen Recht überhaupt 21

γ) Eigene Stellungnahme 23

b) Die Ergänzung des öffentlichen Rechts aus sich selbst heraus 26

α) Der Gang der Untersuchung im allgemeinen 26

β) Die Anwendung des deduktiven Verfahrens 27

aa) Die Rückgängigmachung von Verwaltungsakten 27

bb) Die Willensmängel des öffentlichen Rechtsgeschäfts . . . 29

cc) Die eigentliche deduktive Beweisführung 30

γ) Die Anwendung des induktiven Verfahrens 33

aa) Zusammenstellung von Einzelvorschriften 33

αα) Rückgängigmachung wegen Mangels der Voraussetzungen 33

ββ) Rückgängigmachung wegen Täuschung 33

bb) Zwei Gesetze von grundlegender Bedeutung 34

αα) Die badische Verordnung vom 31. August 1884 . . 34

ββ) Die Reichsabgabenordnung vom 13. Dezember 1919 . 35

cc) Kein argumentum e contrario 35

c) Kein Widerspruch mit den beamtenrechtlichen Gesetzen . . . 37

3. Die Art der Ungültigkeit der erschlichenen Beamtenanstellung . . 38

Seite

II. Vollzug der Ungültigkeitserklärung 40
1. Form 40
2. Frist 42
3. Zuständigkeit 42
4. Anfechtungsrecht oder Anfechtungspflicht? 44
5. Verlust des Anfechtungsrechts durch Bestätigung? 45
III. Nachprüfung der Rechtmäßigkeit der Ungültigkeitserklärung . . . 45
1. Die unmittelbare Nachprüfung 45
2. Die mittelbare Nachprüfung 46
a) Die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs 46
b) Die Inzidententscheidung von Vorfragen, die dem anderen Ressort angehören 47
c) Die sog. Feststellungswirkung 48
α) Begriff 48
β) Feststellungswirkung im vorliegenden Fall 48
γ) Stellungnahme der Rechtsprechung 49
δ) Zweckmäßigkeitserwägungen 50
3. Nachprüfung durch Einleitung des Dienststrafverfahrens gegen sich selbst 51
IV. Wirkung der Ungültigkeitserklärung 51
1. Die Wirkung auf das Verhältnis zwischen dem Beamten und seinem Dienstherrn 51
a) Der Bereicherungsanspruch des Dienstherrn 51
α) Wirkung ex nunc oder ex tunc? 51
β) Der Bereicherungsanspruch selbst 54
γ) Die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs für diesen Anspruch 57
b) Der Gegenanspruch des Beamten 58
c) Das Verhältnis beider Ansprüche zueinander 58
2. Die Wirkung auf das Verhältnis des Beamten zu dritten Personen 60
Schluß: Die Notwendigkeit gesetzlicher Regelung 61

Schriftenverzeichnis.

Anschütz: Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919. 1926.

Arndt: Das Reichsbeamtengesetz vom 18. Mai 1907. 1922.

Arndt: Die Verfassung des Freistaats Preußen vom 30. November 1920. 1921.

Bernatzik: Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. 1886.

v. Bitter: Handwörterbuch der preußischen Verwaltung. 1911.

Bornhak: Preußisches Staatsrecht. Bd. II, 1912. Bd. III, 1914.

Brand: Das Beamtenrecht. 1926 (Handbücher des Preußischen Verwaltungsrechts. Bd. V).

Brand: „Kann ein Beamter disziplinarisch bestraft werden wegen Verfehlungen, die er in einem früheren Amt oder vor seiner Anstellung begangen hat?" In: DJZ. 1926, S. 39 ff.

Bucerius: „Aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts." Im Preußischen Verwaltungsblatt, Bd. 39, S. 250 f.

v. Buchka: „Der falsche zweite Bürgermeister von Köslin." In DJZ. 1914, S. 851.

Dultzig: Gesetz, betreffend die Dienstvergehen der nichtrichterlichen Beamten, vom 21. Juli 1852. 1914.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Bd. 1. Abtlg.: Einleitung, Allgemeiner Teil, bearb. von Enneccerus. 1926.

Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entwurf, Amtlicher, eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung. 1925.

Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. 1913.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 17. Auflage. 1926.

Friedrichs: Verwaltungsrechtspflege, 1. Bd. 1920 (Handbücher des Preußischen Verwaltungsrechts. Bd. VII.).

Friedrichs: Artikel „Beamtenrecht" im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft von Stier-Somlo und Elster. 1926.

v. Gehe: „Zur Frage der Anwendung der sogenannten Privatrechtstitel im öffentlichen Recht." In Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, Bd. 34, S. 159 ff.

Glässing: „Das Recht der Rückforderung im Gebiete des deutschen öffentlichen Rechts." In den Annalen des Deutschen Reichs 1896, S. 46 ff.

Gönner: Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet. 1808.

Hartmann: „Ist der Rechtsweg für Gehaltsansprüche der Beamten zulässig?“ In „Das Recht“, herausgegeb. v. Th. Soergel, Jahrg. 1913, S. 736 ff.

Hartmann: „Kann ein Anstellungsakt widerrufen werden?“ In JW. 1915, S. 120.

Hartmann: „Die Rechtswirkungen der Kassation ausländischer Naturalisationsurkunden.“ In den Annalen des Deutschen Reichs 1917, S. 784.

Hatschek: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts. 1922.

Huber: Die Verfassung des Freistaats Preußen vom 30. November 1920. 1921.

Hubrich: „Zur Rechtslage der preußischen Universitäten.“ Im Archiv für öffentliches Recht, Bd. 39, S. 145—154.

Hubrich: „Die Grundlagen des monarchischen Staatsrechts Preußens, insbesondere mit Rücksicht auf den Begriff der gesetzgebenden Gewalt.“ Im Verwaltungsarchiv, Bd. 16, S. 578.

Jebens: „OVG. und BGB.“ Im Preuß. Verwaltungsblatt, Bd. 25, S. 227.

Jellinek, Georg: System der subjektiven öffentlichen Rechte. 1905.

Jellinek, Walter: Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen. 1908.

Jellinek, Walter: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. 1913.

Josef: „Der fehlerhafte Staatsakt in der freiwilligen Gerichtsbarkeit.“ Im Archiv des öffentlichen Rechts, Bd. 34, S. 352 ff.

Josef: „Willensmängel bei der Beamtenanstellung.“ Im Preußischen Verwaltungsblatt, Bd. 41, S. 588.

Kelsen: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. 1911.

Kelsen: „Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft.“ Im Archiv des öffentlichen Rechts, Bd. 31, S. 53 ff., 190 ff.

Kormann: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. 1910.

Kormann: „Grundzüge eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts.“ In den Annalen des Deutschen Reichs 1911 u. 1912.

Laband: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. I. u. II. Bd. 1911.

Laband: „Das Recht am Titel.“ In DJZ. 1907, S. 201.

v. Landmann: Kommentar zur Gewerbeordnung für das Deutsche Reich, bearbeitet von Rohmer. Bd. I. 1903.

Lent: Freiwillige Gerichtsbarkeit. 1925.

Mallachow: „Die Aufrechenbarkeit publizistischer und ziviler Forderungen gegeneinander.“ Im Verwaltungsarchiv, Bd. 28, S. 279 ff.

Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht. I. u. II. Bd. 1924.

v. Mayr: Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1903.

Meyer, Georg: Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. 7. Aufl., bearb. von Anschütz. 2. u. 3. Teil. 1917—1919.

Neuhäuser: Die Erschleichung rechtsgeschäftlicher Verwaltungsakte durch Täuschung der Behörden. 1921 (Heft 8 der Abhandlungen und Mitteilungen aus dem Seminar für öffentliches Recht und Sozialrecht, Hamburg).

Rehbein-Reincke: Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten. 4. Bd. 1889.

Rehm: „Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht, historisch-dogmatisch dargestellt. In den Annalen des Deutschen Reichs 1884 u. 1885.

v. Rheinbaben: Preußische Disziplinargesetze. 1911.

Schäfer: Deutsche Strafgesetzentwürfe von 1909 bis 1927. 1927.

Schulze: Die Rechtsprechung des Kaiserlichen Disziplinarhofs. 1914.

Seydel: Das Gesetz vom 21. Juli 1852, betreffend die Dienstvergehen der nichtrichterlichen Beamten. 1883.

v. Staudinger: Kommentar zum BGB., Bd. I u. II, Abtlg. 2. 1912.

v. Stengel-Fleischmann: Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts. 1911.

Stier-Somlo: Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht. I. Bd. 1924.

Tezner: „Die Privatrechtstitel im öffentlichen Recht." Im Archiv des öffentlichen Rechts, Bd. 9, S. 350 ff.

Vogels: „Willensmängel bei der Beamtenanstellung." Im Verwaltungsarchiv, Bd. 27, S. 247 ff.

Wolfstieg: Das Beamtenreichsrecht. 1921.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548203_0011

Einleitung:

Der Tatbestand der Amtserschleichung.

Der Tatbestand der Amtserschleichung hat bisher weder in der Gesetzgebung noch in der Wissenschaft eine scharfe rechtliche Ausprägung erfahren. Ganz allgemein wird man von Amtserschleichung dann sprechen können, wenn jemand auf Grund unlauterer Beeinflussung der zuständigen Behörde in ein öffentliches Amt gelangt. Die Mittel zu dieser Beeinflussung sind Täuschung, Drohung oder Bestechung[1]). Sie haben zur Folge, daß der Wille des in Frage kommenden Verwaltungsorgans fehlerhaft wird, und unterscheiden sich nur durch die Art und Weise, in der die Behörde an dem Zustandekommen des Willensfehlers beteiligt ist: Im Falle der Täuschung ist ihr die Fehlerhaftigkeit überhaupt unbekannt; bei der Drohung ist sie ihr zwar bekannt, wird aber durch die entstandene Zwangslage entschuldigt; bei der Bestechung ist der Wille sogar vorsätzlich falsch gerichtet, doch hat davon nur der bestochene Beamte, nicht auch die öffentlich-rechtliche Hoheitsperson als solche Kenntnis, so daß auch die Bestechung eine fehlerhafte Willensbildung herbeiführt. Da jedoch die Berücksichtigung der Drohung und Bestechung hier zu weit führen würde, die Täuschung aber das häufigste Mittel der Erschleichung bildet[2]), so soll sich die vorliegende Untersuchung auf diesen Hauptfall beschränken.

Die Täuschung besteht in der Vorspiegelung falscher oder in der Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen — in letzterem Falle allerdings nur dann, wenn eine Pflicht zur Mitteilung bestand. Sie ist ein allgemeiner, von der Wissenschaft entwickelter Rechtsbegriff, der in gleicher Weise für alle Rechtsgebiete gilt[3]). Gleichgültig ist, welcher Art diese Tatsachen im einzelnen sind. In unserem Falle werden sie sich meist auf die persönlichen Verhältnisse des Interessenten, insbesondere auf seine Vorbildung zu dem betreffenden Amt

---

[1]) Neuhäuser, Die Erschleichung rechtsgeschäftl. Verwalt.-Akte, S. 7.

[2]) Vgl. auch die Begründung zum amtl. Entw. eines Allgem. Deutsch. StGB., S. 76 f.

[3]) Staudinger, Kommentar zum BGB., Bd. I, S. 480; Frank, StGB., S. 560 f.; Neuhäuser, a a. O. S. 12 f.

beziehen. Für den Tatbestand der Erschleichung werden sie aber erst dann bedeutsam, wenn die Übertragung des Amtes nachweislich ganz oder wenigstens zu einem Teil auf ihrer Vorspiegelung bzw. Entstellung oder Unterdrückung beruht, mit anderen Worten, wenn zwischen Täuschung und Amtsübertragung ursächlicher Zusammenhang besteht; denn nur dann können diese Tatsachen von (mit-) bestimmendem Einfluß auf die staatliche Willensbildung gewesen sein.

Nicht notwendig ist, daß die Täuschung in Bereicherungsabsicht erfolgt, denn Täuschung ist nicht gleichbedeutend mit Betrug[4]). Dieser ist vielmehr ein rein strafrechtlicher Begriff, was besonders Kormann gegenüber zu betonen ist[5]). Ebensowenig wird erfordert, daß die Täuschung arglistig, d. h. wider besseres Wissen[6]), erfolgt. Wenn auch die Täuschung in den meisten Fällen eine arglistige sein wird, so versteht doch der Sprachgebrauch unter Erschleichung auch bloß vorsätzliches Handeln. Ob allerdings auch fahrlässige, d. h. zwar schuldhafte, aber nicht vorsätzliche Täuschung den Erschleichungstatbestand erfüllt, müssen die späteren Ausführungen zeigen. Lediglich objektive Täuschung genügt allerdings nicht, denn die Erschleichung schließt immer etwas Subjektives in sich.

Das Ziel der Amtserschleichung ist die Erlangung eines Amtes. Amt ist jedoch nicht gleichbedeutend mit Beamtenstellung. So hat z. B. der Rechtsanwalt zwar ein Amt, d. h. einen ihm vom Gesetz auferlegten Pflichtenkreis, er ist aber nicht Beamter, denn er steht in keinem Dienstverhältnis zu einer Person des öffentlichen Rechts[7]). In der Regel wird aber die Amtserschleichung die Erlangung einer Beamtenstellung zum Ziel haben. Daher und um die Untersuchung nicht zu sehr mit Einzelheiten zu belasten, wird im folgenden nur von der Erschleichung der Anstellung als Beamter gehandelt werden. Es lassen sich dann daraus ohne größere Schwierigkeiten die Regeln ableiten, die für die besonderen Fälle der Amtserschleichung, z. B. der Erschleichung der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft, zu gelten haben.

Ist nun die Beamtenanstellung formell ordnungsmäßig erfolgt, so ist der Täuschende tatsächlich Beamter geworden. Es muß jedoch möglich sein, das durch die Erschleichung begründete Beamtendienst-

---

[4]) Frank, a. a. O. S. 572.

[5]) Kormann, System der rechtsgeschäftl. Staatsakte, S. 371; Neuhäuser, a. a. O. S. 8.

[6]) Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrb. d. bürgerl. Rechts, Bd. I; 1. S. 439.

[7]) Brand, Beamtenrecht, S. 13.

verhältnis wieder zu beseitigen; denn einmal ist der Anstellungsakt, wie wir gesehen haben, materiellrechtlich fehlerhaft, ferner aber muß der Beamtenkörper im Interesse der Allgemeinheit und derer, die auf ehrliche Weise Beamte gworden sind, von derart unwürdigen und unfähigen Elementen rein gehalten werden. Aufgabe unserer Untersuchung ist es nun, einen Weg zu weisen, der zu der Entfernung eines Beamten aus dem von ihm erschlichenen Amt führt. Da die Entlassung eines Beamten auf den ersten Blick nur möglich erscheint im Wege des Dienststrafverfahrens, wollen wir zunächst prüfen, ob die Amtserschleichung die Einleitung eines Dienststrafverfahrens mit dem Ziel der Dienstentlassung zu rechtfertigen vermag.

A. Die Amtserschleichung als Grund zur Entlassung im Wege des Dienststrafverfahrens.

I. Die Amtserschleichung als vor der Anstellung begangene Verfehlung.

Ein Beamter kann nur dann dienststrafrechtlich verfolgt werden, wenn er ein Dienstvergehen begangen hat. Es fragt sich also, ob die Amtserschleichung ein solches darstellt. Die Dienststrafgesetze sehen durchweg von der Aufstellung strafbarer Einzeltatbestände ab. Sie umschreiben nur ganz allgemein das Verhalten, das als strafbar angesehen werden soll. Danach fällt unter den Begriff Dienstvergehen jede Amtspflichtverletzung und jedes Verhalten in oder außer dem Amt, durch das sich der Beamte seines Berufes unwürdig zeigt[1]). Nun ist aber bei der Amtserschleichung der Täter zur Zeit der Tat noch gar nicht Beamter gewesen, denn erst durch die Erschleichung hat er die Anstellung, mithin die Beamteneigenschaft erlangt. Daher liegt weder eine Amtspflichtverletzung noch ein unwürdiges Verhalten im Amt vor. Aber auch als unwürdiges Verhalten außer dem Amt kann man die Amtserschleichung nicht ansehen. Die Verpflichtung, sich auch in seinem Privatleben des Amtes würdig zu erweisen, übernimmt der Betreffende erst in dem Augenblick, in dem er Beamter wird; er kann also nicht gegen sie verstoßen, solange er noch nicht Beamter ist. Daher ist der Ausdruck des Gesetzes „Verhalten außer dem Amt"

[1]) Vgl. §§ 72, 10 Reichsbeamtenges. v. 17. Mai 1907, § 2 Abs. 1 d. preuß. Ges., betr. die Dienstvergehen der nichtrichterlichen Beamten, vom 21. Juli 1852.

nicht zeitlich zu verstehen, als ob damit das Verhalten vor Übernahme des Amtes gemeint sei[2]). Wir kommen somit zu dem Ergebnis, daß Verfehlungen, die vor der Anstellung begangen sind, grundsätzlich keine Dienstvergehen sein können. An dieser Auffassung ist festzuhalten, solange das Gesetz nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt. Letzteres dürfte bei Neuordnung des Dienststrafrechts, wie der Entwurf der Reichsdienststrafordnung zeigt, allerdings sehr wahrscheinlich sein. In diesem Zusammenhange sei darauf hingewiesen, daß nach § 139 des Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs (= § 146 der Reichstagsvorlage dieses Entwurfs) die Amtserschleichung, die bisher auch strafrechtlich nicht verfolgbar war, künftig mit Gefängnis bestraft werden soll.

Trotz alledem fehlt es nicht an Versuchen, die vor der Anstellung begangenen Verfehlungen schon jetzt als Dienstvergehen hinzustellen. So liegt nach Auffassung des preußischen Staatsministeriums ein Dienstvergehen stets dann vor, wenn die Tat zwar vor der Anstellung geschehen ist, aber erst während des Bestehens des Dienstverhältnisses bekannt wird. Das Staatsministerium beruft sich dabei auf die Ausdrucksweise des Gesetzes „sich . . . unwürdig z e i g t", wonach das Hauptgewicht auf dem Bekanntwerden der unwürdigen Handlung liege[3]). Dieser Standpunkt trägt zwar den Bedürfnissen der Praxis Rechnung, findet aber in den Dienststrafgesetzen keine Stütze; denn diese bezeichnen als Dienstvergehen nur die Pflichtverletzung eines B e a m t e n, woraus sich ergibt, daß sie von einem Nichtbeamten nicht begangen werden können. Nach einer anderen Ansicht, vertreten von v. Rheinbaben[4]), ist zwar eine Verfehlung wie die Amtserschleichung an sich kein Dienstvergehen, doch soll in dem Verhalten des Täters nach Erlangung der Beamteneigenschaft ein Dienstvergehen liegen, insofern nämlich, als er die früher begangene Täuschung der Behörde gegenüber nunmehr als Beamter aufrecht erhalte. Diese Frage bedarf einer näheren Prüfung. Jedem Beamten obliegt die Pflicht zur dienstlichen Wahrhaftigkeit. Das ist die Pflicht, bei allen dienstlichen Äußerungen streng bei der Wahrheit zu bleiben[5]). Sie

---

[2]) v. Rheinbaben, Preuß. Diszipl. Ges. S. 96; Brand, in DJZ. 1926, S. 42 und die dort angeführten Entscheidungen, bes. OVG. Bd. 22, S. 426; Neuhäuser, a. a. O. S. 75.

[3]) Entscheidung d. Staatsministeriums v. 23. Dezember 1882 bei v. Rheinbaben, a. a. O. S. 95.

[4]) v. Rheinbaben, a. a. O. S. 97; ähnlich Neuhäuser, a. a. O. S. 75.

[5]) v. Rheinbaben, a. a. O. S. 73; Brand, a. a. O. S. 426.

ergibt sich aus dem Treuverhältnis, in dem der Beamte zu seinem Dienstherrn steht und das ein wesentliches Merkmal des Beamtendienstes bildet[6]). Verletzt der Beamte die Pflicht der Wahrhaftigkeit, so macht er sich eines Dienstvergehens schuldig, denn er zeigt sich der Achtung und des Vertrauens, die sein Beruf erfordert, unwürdig. Nun liegt in dem Schweigen über die begangene Täuschung unbestreitbar ein Mangel an Wahrhaftigkeit[7]). Es würde aber zu weit gehen, daraus die Pflicht des Beamten herzuleiten, sich selbst zu beschuldigen[8]). Wenn die Dienststrafgesetze die Strafbarkeit vor der Anstellung liegender Vergehen nicht aussprechen, so darf man nicht, über das Gesetz hinausgehend, den Beamten für verpflichtet ansehen, diese Vergehen aus eigenem Antrieb anzuzeigen[9]). Das Verschweigen ist nur dann anders zu beurteilen, wenn der Beamte vorher ausdrücklich zur dienstlichen Äußerung aufgefordert worden ist[10]). Durch das bloße Schweigen über die vor der Anstellung begangene Täuschung ist aber der Tatbestand eines Dienstvergehens nicht erfüllt. Es bleibt somit bei dem Ergebnis, daß die Entfernung eines Beamten, der sich in ein Amt eingeschlichen hat, im Wege des Dienststrafverfahrens nicht möglich ist, sofern diese Tat v o r Erlangung der Beamteneigenschaft begangen ist.

II. Die Amtserschleichung als in einem früheren Amt begangene Verfehlung.

1. Nun besteht aber auch die Möglichkeit, daß jemand, der bereits Beamter ist, sich in ein anderes Amt einschleicht, die Amtserschleichung also n a c h Erlangung der Beamteneigenschaft begeht. Dann steht nichts im Wege, die Amtserschleichung als Dienstvergehen anzusehen, denn der Täter war ja zur Zeit der Begehung bereits Beamter und hat sich durch sein Verhalten in hohem Maße der Achtung und des Ansehens, die sein Beruf erfordert, unwürdig gezeigt. Ist somit in diesem Falle die Amtserschleichung ein Dienstvergehen, so entsteht nunmehr die Frage: Ist ein dienststrafrechtliches Einschreiten zulässig wegen eines in einem früheren Amt begangenen Dienstvergehens? Das ist unbedenklich zu bejahen, wenn es sich nur um einen Wechsel

---

[6]) v. Rheinbaben, a. a. O. S. 70.
[7]) OVG. Bd. 22, S. 427.
[8]) Brand, a. a. O. S. 576, Anm. 3.
[9]) Hubrich, i. Arch. d. öff. Rechts, Bd. 39, S. 145 ff.
[10]) OVG., Bd. 22, S. 427.

des Amtes, nicht aber des Dienstherrn handelt; denn dann steht der Beamte unter derselben Dienstgewalt wie vorher[1]). Schwierigkeiten erwachsen erst dann, wenn sich z. B. ein preußischer Beamter der allgemeinen Landesverwaltung in ein richterliches Amt einschleicht (bzw. umgekehrt), da zwischen diesen beiden Beamtengruppen erhebliche Verschiedenheiten besonders hinsichtlich des Verfahrens in Dienststrafsachen bestehen. Hier erscheint der von Brand[2]) vorgeschlagene Weg am gangbarsten. Für die Beurteilung soll das Gesetz maßgebend sein, dem der Beamte zur Zeit der Tat dienststrafrechtlich unterstanden hat, denn nur dieses ist in Wahrheit verletzt. Für die Zuständigkeit des Dienststrafgerichts, für das Verfahren selbst und für die Strafzumessung aber kommt das Gesetz in Betracht, dem der Täter zur Zeit der Einleitung des Verfahrens untersteht.

2. Häufig ist aber der Dienstherr in der neuen Dienststellung ein anderer. Da kann zunächst der Fall eintreten, daß sich ein unmittelbarer Staatsbeamter in den mittelbaren Staatsdienst einschleicht (bzw. umgekehrt). Doch auch hier wird man zu dem Schluß kommen, daß die Dienstgewalt dieselbe geblieben ist. Die Gemeinden, Gemeindeverbände und sonstigen öffentlichrechtlichen Körperschaften leiten ihre Dienstgewalt nur von der des Staates ab. Bei den Gemeinden und Gemeindeverbänden zeigt sich dies besonders darin, daß die Dienstgewalt nur in den unteren Instanzen von den Selbstverwaltungskörpern ausgeübt, im übrigen aber vom Staat als obersten Dienstherrn wahrgenommen wird[3]). Auch die Dienstgewalt, die den Religionsgesellschaften zusteht, soweit sie als Körperschaften des öffentlichen Rechts gelten (Art. 137 V RV.), ist von der des Staates nicht verschieden; denn sie ist nur ein Ausfluß der obrigkeitsähnlichen Befugnisse, die der Staat selbst der Religionsgesellschaft durch ihre Anerkennung als öffentlichrechtliche Körperschaft verliehen hat[4]). Diese Auffassung wird bestätigt durch § 148 der Reichstagsvorlage des Strafgesetzentwurfs, wonach den Ämtern und Behörden der Religionsgesellschaften des öffentlichen Rechts hinsichtlich der Amtserschleichung derselbe strafrechtliche Schutz zuteil wird, wie allen übrigen öffentlichen Ämtern und Behörden. Daher steht auch in diesen Fällen der dienststrafrechtlichen Verfolgung der Amts-

---

[1]) v. Rheinbaben, a. a. O. S. 94; Brand, a. a. O. S. 574.

[2]) Brand, in DJZ., 1926, S. 39.

[3]) Brand, Beamtenrecht, S. 574.

[4]) Stier-Somlo, Reichs- u. Landesstaatsrecht I, S. 496 f.

erschleichung nichts entgegen. Das ist auch die Auffassung des preußischen Oberverwaltungsgerichts[5]).

Zweifelhaft könnte die Zulässigkeit des Dienststrafverfahrens erst werden, wenn sich ein Reichsbeamter in den preußischen Staatsdienst bzw. ein preußischer Staatsbeamter in den Reichsdienst einschleicht. So hat seinerzeit der Reichsdisziplinarhof in Leipzig[6]) die Strafverfolgung eines Reichsbeamten abgelehnt wegen Verfehlungen, die sich dieser als preußischer Staatsbeamter hat zu schulden kommen lassen. Begründet wird diese Entscheidung damit, der Betreffende habe als preußischer Staatsbeamter nicht gegen das Reichsbeamtengesetz verstoßen können, dessen Vorschriften er jetzt, zur Zeit der Aburteilung, unterstehe; er könne aber auch nicht auf Grund des preußischen Disziplinargesetzes zur Verantwortung gezogen werden, weil dieses auf Reichsbeamten nicht anwendbar sei. Dieses Urteil hat keinen Anklang gefunden. Es wird mit Recht geltend gemacht[7]), daß das Beamtenrecht des Reichs und der Länder ein einheitliches Rechtsgebiet sei, daß insbesondere der Dienst im Reich gewissermaßen die Fortsetzung des Dienstes in den einzelnen Ländern sei. Auch wird hingewiesen auf die §§ 19, 46 und 57 ff. des Reichsbeamtengesetzes, die den engen Zusammenhang zwischen Reichs- und Landesdienst andeuteten. Vor allem aber wird die Reichsverfassung vom 11. August 1919 herangezogen, die in den Artikeln 128—131 ein für alle Beamte geltendes Beamtenreichsrecht geschaffen und damit zum Ausdruck gebracht habe, daß für das gesamte Beamtenrecht die gleichen allgemeinen Grundsätze gelten sollen. Diesen Erwägungen wird man sich bei der wirklich nur äußerlichen Verschiedenheit der Dienstgewalt im Reich und in den Ländern nicht verschließen können.

Schließlich ist noch zu prüfen, ob die Einleitung des Dienststrafverfahrens auch dann zulässig ist, wenn ein Beamter eine Amtserschleichung begeht in einer Amtsstellung, in der er einer disziplinarischen Bestrafung grundsätzlich nicht unterliegt, wie z. B. die Mitglieder des Reichsgerichts gemäß § 126 GVG. und des preußischen Oberverwaltungsgerichts gemäß §§ 20, 21, 25 des Gesetzes, betreffend die Verfassung der Verwaltungsgerichte und das Verwaltungsstreit-

---

[5]) OVG., Bd. 49, S. 415.

[6]) Entscheidung v. 19. Mai 1884 b. Schulze, Rechtspr. d. Disziplinarhofs, S. 23.

[7]) Seydel, Das Gesetz, betreffend die Dienstvergehen der nichtrichterlichen Beamten, v. 21. Juli 1852, S. 41; v. Rheinbaben, a. a. O. S. 93 ff.; Brand, Beamtenrecht, S. 574.

verfahren vom 3. Juli 1875 (2. August 1880)[8]). Diese Regelung trifft das Gesetz deswegen, weil den betreffenden Beamten als Inhaber höchster richterlicher Ämter die Unabhängigkeit ihrer Stellung in besonders hohem Maße gewährleistet werden soll. Die Notwendigkeit dieses verstärkten Schutzes entfällt, sobald ein Mitglied des RG. bzw. OVG. in eine andere Stelle des Reichs- oder Staatsdienstes eintritt. Daher ist auch dann wieder die Möglichkeit gegeben, diesen Beamten disziplinarisch zur Verantwortung zu ziehen, und zwar auch wegen solcher Verfehlungen, die er während seiner Zugehörigkeit zu einem dieser beiden Gerichtshöfe begangen hat.

Zusammenfassend können wir feststellen, daß die Amtserschleichung — gleichgültig, ob der Dienstherr derselbe bleibt oder wechselt — die Einleitung eines Dienststrafverfahrens immer dann zu rechtfertigen vermag, wenn sie von einem B e a m t e n ins Werk gesetzt worden ist, daß sie aber ein Dienstvergehen nicht darstellt, wenn sie von jemandem begangen worden ist, der zur Zeit der Tat noch nicht Beamter war.

B. Die Amtserschleichung als Grund zur Entlassung ohne vorhergehendes Dienststrafverfahren.

I. Zulässigkeit der Ungültigkeitserklärung.

1. Die Rechtsnatur der Beamtenstellung.

Die Amtserschleichung ist also nur in sehr beschränktem Umfang ein Grund zur Entfernung des Beamten im Wege des Dienststrafverfahrens. Dieses Ergebnis kann uns nicht befriedigen; wir müssen einen Weg finden, auf dem in allen Fällen die Entfernung aus dem erschlichenen Amt zulässig ist. Das ist nur möglich, wenn wir der Frage nachgehen, ob vielleicht durch die Täuschung die Gültigkeit des Anstellungsakts beeinflußt wird und aus diesem Grunde die Anstellung rückgängig gemacht werden kann.

Wir suchen die Antwort darauf zunächst in den beamtenrechtlichen Gesetzen. Aber das Reichsbeamtengesetz vom 17. Mai 1907 schweigt, und ein allgemeines preußisches Staatsbeamtengesetz, obwohl schon in der alten Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850 und jetzt wieder in Art. 80 der preußischen Verfassung vom 30. November 1920 verheißen, ist immer noch nicht ergangen. Auch aus § 72, II, 10 des preußischen

[8]) Brand, in DJZ. 1926, S. 41 f.

Allgemeinen Landrechts, wonach derjenige, welcher sich durch Bestechung oder andere unerlaubte Wege in ein Amt eindrängt, desselben sofort wieder entsetzt werden soll, ist eine befriedigende Lösung unserer Frage nicht zu entnehmen; denn die Fortdauer der Gültigkeit dieser Gesetzesbestimmung ist schon im Jahre 1876 vom Reichsdisziplinarhof in einer Entscheidung[1]) mit Recht stark bezweifelt worden, und zwar mit Rücksicht darauf, daß die Disziplinargesetze von 1851 bzw. 1852 die Entlassung der preußischen Staatsbeamten neu geregelt haben. Lassen uns aber die Einzelgesetze im Stich, so kann uns nur noch die Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze zum Ziel führen. Um nun feststellen zu können, welche allgemeinen Sätze in unserem Falle anzuwenden sind, müssen wir zunächst prüfen, wohin eigentlich die Anstellung rechtlich gehört[2]). Es ist daher im folgenden kurz die Frage nach der Rechtsnatur der Beamtenanstellung zu erörtern.

Die Anstellung ist der Vorgang, durch den das Beamtendienstverhältnis begründet wird[3]). Einstimmigkeit herrscht heute im Schrifttum darüber, daß das Beamtenverhältnis dem öffentlichen Recht angehört; denn der Staat steht dem Beamten als Hoheitsperson gegenüber. Als erster hat sich N. Th. Gönner[4]) gegen die auch noch im preußischen Allgemeinen Landrecht (Teil II, Tit. 10) vertretene privatrechtliche Auffassung gewandt. Gönner führt aus, es gebe keine Verträge zwischen Staat und Untertan, die Beamtenernennung sei vielmehr ein Ausfluß des staatlichen Hoheitsrechts der Ämterverleihung. Ihr entspreche die Pflicht des Untertans zu Dienstleistungen für den Staat. Diese Lehre ist heute allgemein anerkannt, allerdings mit der Einschränkung, daß man das Beamtenverhältnis nicht mehr auf die Zwangsdienstpflicht der Untertanen gründet; denn im Verfassungsstaat bedarf es zu einem so weitgehenden Eingriff in die Freiheit der Staatsbürger einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung. Das zeigt deutlich Art. 132 RV., wonach eine Pflicht zur Übernahme ehrenamtlicher Tätigkeiten nur in den gesetzlich bestimmten Fällen besteht. In allen übrigen Fällen ist daher die Einwilligung des Anzustellenden Voraussetzung für die Anstellung. Sie vertritt gewissermaßen die gesetzliche Ermäch-

---

[1]) Entscheidung v. 18. März 1876 bei Schulze, Rechtsprechung d. Disziplinarhofs, S. 26.

[2]) Ähnlich Fleiner, Institutionen S. 58.

[3]) Georg Meyer-Anschütz, Staatsrecht Teil 2, S. 572.

[4]) Gönner, Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet.

tigung. So kommt man dazu, die Anstellung als einseitigen Staatsakt aufzufassen[5]). Letzteres wird jedoch bestritten, und zwar besonders von Laband[6]). Nach Ansicht Labands bedeutet die Einwilligung nicht eine Voraussetzung für die Anstellung, sondern die Annahme des staatlichen Anstellungsangebots. Die Anstellung werde somit durch einen Vertrag öffentlichrechtlicher Natur begründet; nur die Verwendung im Staatsdienst, d. h. die Übertragung des Amtes, erfolge rein einseitig durch den Staat. Für das Ergebnis der vorliegenden Untersuchung ist es jedoch ohne Bedeutung, ob man sich der von Laband begründeten sogenannten Vertragstheorie oder der vorher geschilderten Theorie des einseitigen Staatsakts anschließt; denn für uns handelt es sich nur um die Frage der Gültigkeit der staatlichen Anstellungserklärung. Der Anstellungsakt aber ist nach beiden Theorien eine öffentlichrechtliche Erklärung, so daß die Sätze, die wir für die Fehlerhaftigkeit dieser Erklärung suchen, außerhalb des Theorienstreits liegen. Eine Stellungnahme zu den beiden Theorien wäre nur dann nötig, wenn auch die Gültigkeit der Einwilligungserklärung des Anzustellenden zu prüfen wäre. Das Gewicht, das dieser Erklärung beizumessen ist, ist gerade der Kern der Streitfrage. Nach der Theorie des einseitigen Staatsakts hat die Einwilligungserklärung gegenüber der Erklärung der Staatsgewalt nur ganz untergeordnete Bedeutung; es ist also von vornherein sehr zweifelhaft, ob ein ihr anhaftender Fehler auf die Gültigkeit der Anstellung irgendwelchen Einfluß auszuüben vermag. Dagegen ist sie nach der Vertragstheorie der staatlichen Erklärung gleichgeordnet, so daß ihr auch hinsichtlich der Fehlerhaftigkeit die gleiche Wirkung zukommen muß wie dieser. Im Falle der Amtserschleichung aber haben wir uns nur mit der Gültigkeit der staatlichen Anstellungserklärung zu befassen, und diese wird — wie wir gesehen haben — von der erwähnten Streitfrage nicht betroffen.

Innerhalb des öffentlichen Rechts ist nun jede Beamtenstellung zunächst Verwaltungsakt, denn sie stellt sich dar als Verrichtung der öffentlichen Verwaltung[7]). Man kann auch, wie es vielfach geschieht, die Anstellung als Staatsakt oder Staatshoheitsakt bezeichnen, muß sich aber dabei bewußt sein, daß Staatsakt gegenüber Verwaltungsakt der weitere Begriff ist, denn zu den Staatsakten gehören außerdem

---

[5]) Rehm, Annalen 1884, S. 632; Bornhak, Preuß. Staatsrecht, Bd. II, S. 15; O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, S. 148; Brand, a. a. O. S. 54, R. G. in J. W. 1917, S. 854, R. G. Z. Bd. 110, S. 192.

[6]) Laband, Staatsrecht des deutschen Reiches, Bd. I, S. 449.

[7]) Kormann, a. a. O. S. 13.

noch die Urteile, die den Verwaltungsakten gegenüber eine Sonderstellung einnehmen[8]).

Der Begriff Verwaltungsakt ist nun selbst noch so allgemein, daß wir uns mit der Feststellung, die Beamtenanstellung sei ein Verwaltungsakt, nicht begnügen können, sondern sie in ihrer Eigenschaft als Verwaltungsakt noch näher kennzeichnen müssen. Bei der Anstellung ist der Wille der Verwaltung auf einen bestimmten rechtlichen Erfolg, nämlich die Begründung des Beamtendienstverhältnisses, gerichtet. Dieser Erfolg tritt nur deshalb ein, weil er gewollt ist. Er ist nicht etwa auf eine Gesetzesvorschrift zurückzuführen, denn Art. 128 Abs. 1 RV., an den man hierbei denken könnte, gibt kein öffentliches Recht auf Anstellung, sondern spricht nur einen allgemeinen Grundsatz aus[9]). Die Anstellung hängt vielmehr von der freien Willensentschließung der Anstellungsbehörde ab. Eine solche Willenserklärung der Verwaltung aber bezeichnen wir als rechtsgeschäftlichen Verwaltungsakt oder auch als öffentliches Rechtsgeschäft[10]). Diese Begriffsbestimmung des öffentlichen Rechtsgeschäfts deckt sich also mit der des privaten, nur mit dem Unterschied, daß bei diesem der Handelnde als Träger privater Rechte und Pflichten, bei jenem als Träger öffentlicher Rechte und Pflichten auftritt[11]).

Innerhalb der rechtsgeschäftlichen Verwaltungsakte gehört die Beamtenanstellung zu der Gruppe der Rechtsverhältnisse schaffenden Verwaltungsakte, denn sie erzeugt einen Inbegriff von Rechten und Pflichten, also ein Rechtsverhältnis[12]). Ungenau ist es, diese Art von Verwaltungsakten zu den konstitutiven oder rechtsbegründenden, auch genannt Verwaltungsakte auf Unterwerfung[13]), zu zählen, denn es ist nicht dasselbe, ob nur Rechte begründet werden oder auch Pflichten, also ein ganzes Rechtsverhältnis.

Aus diesen Ausführungen ersehen wir, daß die allgemeinen Rechtssätze, die bei Beantwortung der Frage, ob Täuschung die Gültigkeit der Anstellung beeinflußt, anzuwenden sind, diejenigen sein müssen, die für die rechtsgeschäftlichen Verwaltungsakte überhaupt und für die Rechtsverhältnisse schaffenden Verwaltungsakte im besonderen gelten. Diese allgemeinen Sätze sind aber nirgends gesetzlich festgelegt; sie

---

[8]) Kormann, a. a. O. S. 27.
[9]) Vgl. Brand, a. a. O. S. 52 f.
[10]) Kormann, a. a. O. S. 15 ff.
[11]) O. Mayer, a. a. O. Bd. 1, S. 101.
[12]) Kormann, a. a. O. S. 104.
[13]) Hatschek, Verwaltungsrecht, S. 9.

gehören — wie überhaupt die Lehre von den fehlerhaften Verwaltungsakten — in den noch ungeschriebenen allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts. Das Fehlen dieses Gesetzbuchs mag zum Teil darauf zurückzuführen sein, daß zahlreiche Rechtsbegriffe des öffentlichen Rechts, insbesondere des Verwaltungsrechts, als eines erst in der neuesten Zeit zur Geltung gelangten Rechtsgebiets von der Wissenschaft noch nicht genügend geklärt sind und daher einer gesetzlichen Festlegung Schwierigkeiten bereiten. Zum Teil liegt aber auch die Schuld am Gesetzgeber selbst, der sich anscheinend allzusehr auf die Arbeit der Wissenschaft verläßt und gerade im Verwaltungsrecht eine große Scheu, Sätze allgemeinen Inhalts zu schaffen, an den Tag legt. Auch könnte er sich vielfach die allgemeinen Lehren des Privatrechts zunutze machen, die durch die Wissenschaft eine gründliche Durchbildung und durch das Bürgerliche Gesetzbuch eine scharfe gesetzliche Ausprägung erfahren haben.

2. Der Einfluß der Täuschung auf die Gültigkeit rechtsgeschäftlicher Verwaltungsakte.

a) Die entsprechende Anwendung des § 123 BGB.

α) Wenn wir nun auch bei der Frage nach der Gültigkeit einer durch Täuschung beeinflußten Anstellung wegen der öffentlichrechtlichen Natur dieses Aktes die Normen des BGB. über die arglistige Täuschung (§§ 123, 124, 142, 143) nicht unmittelbar anwenden können, so muß doch besonders die Tatsache, daß es sich auch in unserem Falle um einen Willensmangel bei einem Rechtsgeschäft handelt, den Gedanken an eine entsprechende Anwendung der privatrechtlichen Vorschriften aufkommen lassen. Dieser Weg erscheint verhältnismäßig einfach und ist in der Tat bereits mehrfach beschritten worden, vor allem vom Reichsgericht in der im Schrifttum viel angeführten Entscheidung vom 3. Januar 1914[14]). Der zugrunde liegende Sachverhalt ist folgender: Der Magistrat einer Stadt hatte einem von ihm angestellten wissenschaftlichen Mittelschullehrer das Gehalt deshalb gekürzt, weil seine wissenschaftliche Eignung nicht den Tatsachen entspreche. Gegenüber der Klage des Lehrers auf Weiterzahlung des Gehalts in der bisherigen Höhe wendete die Stadtgemeinde ein, sie sei durch eine dem Kläger zur Last fallende arglistige Täuschung zu seiner Anstellung als wissenschaftlicher Mittelschullehrer bestimmt worden. Hier stellt nun das Reichsgericht fest, daß auch staatsrecht-

[14]) R. G. Z. Bd. 83, S. 429 ff., auch in J. W. 1914, S. 422.

liche Akte der Einwirkung von Willensmängeln unterliegen; dabei könne es „bei dem Mangel selbständiger Vorschriften, die etwa in dieser Beziehung das öffentliche Recht enthielte, keinem Bedenken unterliegen, die auf dem insoweit rechtsähnlichen Gebiete des bürgerlichen Vertragsrechts bestehenden Bestimmungen entsprechend anzuwenden", und zwar sollten im Falle einer arglistigen Täuschung „die hierauf bezüglichen Vorschriften des deutschen bürgerlichen Rechts wenigstens insoweit entsprechend zur Anwendung gebracht werden, als sie die sachlichen Erfordernisse einer rechtlich bedeutsamen arglistigen Täuschung" beträfen. Die Art der Geltendmachung des Willensmangels, die Einhaltung gewisser Fristen, die Frage der Rückwirkung der Anfechtung und das Verhältnis dieser Art der Entlassung zu einer etwaigen Entlassung im Dienststrafverfahren, läßt das Reichsgericht allerdings dahingestellt, so daß man wohl kaum von einer „grundsätzlichen" Stellungnahme des höchsten deutschen Gerichtshofs zu dem Problem der Willensmängel bei öffentlichen Rechtsgeschäften sprechen kann.

Die Ansicht des Reichsgerichts wird näher begründet und ausgebaut von Vogels[15]). Dieser erklärt die entsprechende Anwendung des Privatrechts für zulässig, sobald „auf dem in Frage stehenden öffentlichrechtlichen Rechtsgebiete die gleichen oder ähnliche Voraussetzungen vorliegen wie im bürgerlichen Recht"[16]). Die Vorschriften des BGB. über die Willensmängel setzten lediglich ein Rechtsgeschäft voraus. Der Vorgang bei der Beamtenanstellung aber sei „dem Rechtsgeschäfte des Privatrechts nicht nur ähnlich, sondern seinem Wesen nach dasselbe". Demgemäß stehe im Falle der arglistigen Täuschung der entsprechenden Anwendung des § 123 BGB. bei der Beamtenanstellung grundsätzlich nichts entgegen[17]). Dem Reichsgericht und Vogels folgt anscheinend unbedenklich Brand in seinem grundlegenden Werk über das preußische Beamtenrecht[18]).

β) Um uns mit der vorgetragenen Auffassung auseinandersetzen zu können, bedarf es eines Eingehens auf die Frage, wie weit überhaupt Privatrechtsnormen zur Ergänzung des öffentlichen Rechts herangezogen werden können. Im Schrifttum begegnen uns die verschiedensten Ansichten hierüber. Als schärfste Gegner stehen sich in

---

[15]) Vogels, im Verwaltungsarchiv Bd. 27, S. 247 ff.

[16]) Vogels, a. a. O. S. 249.

[17]) Vgl. Vogels, a. a. O. S. 248, Anm. 3, S. 250 unten, S. 262.

[18]) Brand, a. a. O. S. 54, Anm. 1, und S. 68.

dieser Beziehung Kelsen und Otto Mayer gegenüber. Kelsen[19]) leugnet den Unterschied zwischen privatem und öffentlichem Recht vollständig, er muß daher zu einer schrankenlosen Anwendung privatrechtlicher Vorschriften im öffentlichen Recht gelangen. Ebenso bestimmt verwirft Otto Mayer[20]) jede Ergänzung des öffentlichen Rechts auf dem Wege der entsprechenden Anwendung privatrechtlicher Bestimmungen: Privatrechtsverhältnisse und öffentliche Rechtsverhältnisse könnten nie einander rechtsähnlich sein, und Rechtsinstitute, die man als beiden Rechtsgebieten gemeinsame ansehe, seien in Wahrheit doch nur rein privatrechtliche. Einige Schriftsteller[21]) nehmen einen vermittelnden Standpunkt ein: Sie haben zwar grundsätzlich keine Bedenken gegen die Heranziehung des Privatrechts, raten aber in jedem Falle zu vorsichtiger Anwendung. Die Praxis der ordentlichen Gerichte neigt allerdings zu sehr weitgehender Heranziehung des Privatrechts bei Beurteilung öffentlicher Rechtsverhältnisse. Es liegt dies an der bevorzugten Stellung, die das Privatrecht bisher genossen hat, und — wie Neuhäuser[22]) sehr richtig bemerkt — an der überwiegend zivilistischen Schulung unserer Juristen, denen „fast alle Rechtsverhältnisse im Lichte des Privatrechts erscheinen".

Unsere Stellungnahme diesen verschiedenartigen Auffassungen gegenüber ergibt sich aus folgenden Erwägungen. Wie Enneccerus[23]) zutreffend ausführt, ist der Richter verpflichtet, auf jede im Leben auftauchende Rechtsfrage, wenn sie überhaupt richterlicher Beurteilung unterliegt, Antwort zu geben. Doch kann er die Antwort mitunter nicht aus dem Gesetz unmittelbar entnehmen; denn das geschriebene Recht muß sich, wenn es brauchbar sein soll, auf die typischen Lebensverhältnisse beschränken und kann daher nicht für jeden Einzelfall eine ausdrückliche Regelung treffen. Hier hilft dem Richter die sogenannte ergänzende Rechtsfindung (Analogie)[24]). Häufig wird er sich dabei der Gesetzesanalogie bedienen können, bei der ein in anderem Zusammenhang bereits ausgesprochener Rechtssatz auf einen wesensgleichen Fall angewendet wird. Doch ist die Ergänzung des öffentlichen Rechts durch Privatrechtsnormen auf dem Wege der

[19]) Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Kelsen, i. Arch. d. öff. Rechts Bd. 31, S. 53 ff. und 190 ff.

[20]) O. Mayer, a. a. O. Bd. 1, S. 117 f.

[21]) Fleiner, a. a. O. S. 59; Kormann, a. a. O. S. 9 ff.; Neuhäuser, a. a. O. S. 9; vgl. auch Jebens im Preuß. Verw.-Bl., Bd. 25, S. 227.

[22]) Neuhäuser, a. a. O. S. 9.

[23]) Enneccerus-Kipp-Wolff, a. a. O. Bd. I, 1, S. 115.

[24]) Enneccerus, a. a. O. S. 116 f.

Gesetzesanalogie wegen der völligen Wesensverschiedenheit dieser beiden Rechtsgebiete nicht möglich. In diesem Falle muß er zu dem Mittel der Rechtsanalogie greifen, d. h. er muß den Rechtssatz aus dem Sinn und Geist der Rechtsordnung ableiten, indem er die unausgesprochenen Rechtsgedanken, die in dieser verborgen sind[25]), zur Anwendung bringt. Die Rechtsanalogie aber kann den Richter nie im Stich lassen; denn aus Sinn und Geist der Rechtsordnung wird sich immer eine Antwort auf eine Rechtsfrage ableiten lassen. Insofern ist auch die Behauptung berechtigt, daß die Rechtsordnung als solche keine Lücke haben könne. Daraus geht aber hervor, daß wir nur dann zum Ziel kommen, wenn wir das öffentliche Recht lediglich aus sich selbst heraus ergänzen[26]). Es ist also grundsätzlich weder zulässig noch notwendig, Rechtssätze aus dem Privatrecht in das öffentliche Recht zu übernehmen. Ein Rechtsgedanke, der sich nicht zwingend aus dem Wesen des öffentlichen Rechts selbst ergibt, gehört nicht in dieses hinein. Bei diesem Vorgehen aber werden wir mitunter auf allgemeine Rechtssätze stoßen, die wir schon vom Privatrecht her kennen. Es ist also entgegen Otto Mayer zu behaupten, daß es dem Privat- und öffentlichen Recht gemeinsame Rechtsformen gibt[27]). Während aber diese Rechtsformen im Privatrecht eingehend ausgebildet worden sind, fehlen uns im öffentlichen Recht vielfach Vorschriften für ihre nähere Ausgestaltung. In einem solchen Falle steht nichts im Wege, die auf die in Frage kommende gemeinsame Rechtsform sich beziehenden Privatrechtssätze im öffentlichen Recht entsprechend anzuwenden und sie auf diese Weise zu Normen des öffentlichen Rechts zu machen. Aber auch dann wird in jedem Falle sorgfältig zu prüfen sein, ob nicht einzelne von diesen Sätzen dem Wesen des öffentlichen Rechts widersprechen und daher unanwendbar sind. Einen ähnlichen Standpunkt vertritt erfreulicherweise auch das preußische Oberverwaltungsgericht[28]). Diese eben dargelegten Voraussetzungen müssen also auch im vorliegenden Falle zutreffen, wenn wir uns die Ansicht des Reichsgerichts und der ihm folgenden Schriftsteller zu eigen machen sollen, wonach die erschlichene Anstellung unter Heranziehung des § 123 BGB. rückgängig gemacht werden kann.

γ) Da ist zunächst festzustellen, daß schon die Hauptvoraussetzung, nämlich die Ergänzung des öffentlichen Rechts aus sich

---

[25]) Fleiner, a. a. O. S. 57.
[26]) Fleiner, a. a. O. S. 57.
[27]) Fleiner, a. a. O. S. 59 f.
[28]) O. V. G. Bd. 38, S. 447 und Bd. 42, S. 150.

selbst heraus, weder vom Reichsgericht noch von Vogels erfüllt wird. Sie unternehmen nicht einmal einen Versuch, auf diesem Weg zum Ziel zu gelangen. Ob die Berücksichtigung der arglistigen Täuschung mit den Grundsätzen des öffentlichen Rechts im Einklang steht, wird überhaupt nicht geprüft. Lediglich aus der Tatsache, daß hier wie dort ein Rechtsgeschäft vorliegt und Vorschriften für die Behandlung von Willensmängeln bei öffentlichen Rechtsgeschäften nicht vorhanden sind, wird auf die Zulässigkeit der Gesetzesanalogie geschlossen und im Fall der Täuschung § 123 BGB. für entsprechend anwendbar erklärt. Aber selbst dieses Verfahren erscheint im vorliegenden Falle unzulässig, da die Voraussetzungen der Gesetzesanalogie nicht gegeben sind. Das Reichsgericht ist der Auffassung, die Beamtenanstellung sei dem Rechtsgeschäft des Privatrechts wesensähnlich, Vogels[29]) behauptet sogar, sie sei ihm wesensgleich. Nun haben wir zwar gefunden, daß die Begriffsbestimmung des Rechtsgeschäfts im öffentlichen Recht dieselbe ist wie im Privatrecht, denn in beiden Fällen wird eine Willenserklärung abgegeben, auf Grund deren ein bestimmter rechtlicher Erfolg eintritt. Doch ist zu bedenken, daß in dem einen Falle Erklärender und Erklärungsempfänger im Verhältnis der Gleichordnung, im anderen Falle im Verhältnis der Unterordnung zueinander stehen. Dieser Umstand gibt aber den Willenserklärungen ihr eigentümliches Gepräge; es ist ein großer Unterschied, ob die Willenserklärung von einem auf gleicher Stufe stehenden Privatmann oder einer Person des öffentlichen Rechts als Träger hoheitlicher Zwangsgewalt abgegeben wird. Solche Willenserklärungen können einander niemals wesensgleich, ja nicht einmal wesensähnlich sein. Demnach ist die Ansicht, bei der erschlichenen Beamtenanstellung § 123 BGB. entsprechend anwenden zu können, nicht nur deswegen abwegig, weil der zugrunde liegende Rechtsgedanke nicht dem öffentlichen Recht selbst entnommen ist, sondern auch aus dem Grunde abzulehnen, weil die Voraussetzungen für das Hilfsmittel der Gesetzesanalogie hier sowieso nicht gegeben sind. Dazu kommt, daß das Reichsgericht in der angeführten Entscheidung vielfach Verlegenheitswendungen gebraucht. Es findet z. B. im BGB. Vorschriften über „die sachlichen Erfordernisse ... einer rechtlich bedeutsamen arglistigen Täuschung", obwohl der Begriff der arglistigen Täuschung von der Wissenschaft entwickelt ist und vom Gesetz vorausgesetzt wird[30]). Es spricht ferner von der „besonderen Natur der hier in Betracht kommenden öffentlich-

[29]) Vogels, a. a. O. S. 249.

[30]) Vgl. oben S. 9 Anm. 3.

rechtlichen Verhältnisse", aber gerade diese besondere Natur finden wir nirgends berücksichtigt. Nach alledem ist es nicht verwunderlich, daß sich gegen das Urteil des Reichsgerichts und mithin auch gegen Vogels, dem es als Grundlage für seine Ausführungen gedient hat, scharfer Widerspruch erhoben hat. So betont Hartmann[31]), daß privates und öffentliches Rechtsgeschäft nur äußerlich miteinander verwandt, innerlich aber grundverschieden seien; auf ein Rechtsverhältnis, das auf Unterordnung und Zwang beruhe, könnten unmöglich die Vorschriften des BGB. entsprechend angewendet werden, die „auf die Ausgleichung gleichberechtigter Einzelinteressen", äußerstenfalls im Wege der Klage, zugeschnitten seien. Bucerius[32]) und Josef[33]) machen ähnliche Gesichtspunkte geltend. Im Gegensatz zu Hartmann halten diese beiden Schriftsteller jedoch eine Ungültigkeitserklärung der Anstellung überhaupt für ausgeschlossen und wollen nur ein Einschreiten im Wege des Dienststrafverfahrens zulassen. Ihnen muß entgegengehalten werden, daß das Dienststrafverfahren — wie oben zu A nachgewiesen — nur in wenigen Fällen zur Aufhebung des Dienstverhältnisses führt; auch würde man auf diese Weise der Lösung der Frage, inwiefern Willensmängel die Gültigkeit von Verwaltungsakten beeinflussen, niemals näherkommen[34]). Schließlich hat auch das Reichsgericht selbst in einer jüngeren Entscheidung[35]), wenn auch in anderem Zusammenhang, die entsprechende Anwendung von Privatrechtssätzen (§ 618 BGB.) auf das Beamtenverhältnis abgelehnt. Sehr richtig führt es aus, daß der Richter die fehlenden Normen für das Beamtenverhältnis aus dem Gedankenkreise des öffentlichen Rechts selbst schöpfen müsse. Die entsprechende Privatrechtsnorm sei nur ein auf anderem Rechtsgebiet gefundener Beleg für das Vorhandensein und die Notwendigkeit des allgemeinen Rechtsgedankens, den der Richter selbstschöpferisch in das öffentliche Recht einführen und dessen inneren Eigenarten und Erfordernissen anpassen müsse. Schon vorher[36]) hatte es die Anwendung des BGB. auf die vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten verworfen mit der Begründung, daß diese als Ansprüche des öffentlichen Rechts nur nach den „allgemeinen staatsrechtlichen Grundsätzen" zu beurteilen seien.

---

[31]) Hartmann in J. W. 1915, S. 120.

[32]) Bucerius, im Pr. Verw.-Bl. Bd. 39, S. 250 f.

[33]) Josef, im Pr. Verw.-Bl. Bd. 41, S. 588.

[34]) Vgl. auch Neuhäuser, a. a. O. S. 57 a. E.

[35]) R. G. Z. Bd. 97, S. 43.

[36]) Entscheidung v. 24. Mai 1911 in Soergels „Recht" 1913, S. 738 a. E.

Leider fehlt eine Entscheidung, die das gleiche in Bezug auf die Willensmängel bei der Begründung des Beamtenverhältnisses ausspricht, damit das oben bekämpfte Urteil keine Verwirrung mehr anrichten kann.

Für uns kann es jedenfalls keinem Zweifel unterliegen, daß bei der Amtserschleichung eine entsprechende Anwendung des § 123 BGB. nicht in Frage kommt. Wir wollen, von dem öffentlichrechtlichen Charakter der Beamtenanstellung ausgehend, die Normen für ihre Ungültigkeit infolge Täuschung nur aus dem öffentlichen Recht selbst herleiten. Für uns ist § 123 BGB. lediglich ein Beleg dafür, daß der dieser Vorschrift zugrunde liegende allgemeine Rechtsgedanke, dessen Vorhandensein in der öffentlichen Rechtsordnung wir nachweisen wollen, bereits in einem anderen großen und wichtigen Rechtsgebiet vorhanden ist und sich dort als unentbehrlich erwiesen hat. Dies ist uns ein Anlaß mehr, nun auch im öffentlichen Recht mit Aussicht auf Erfolg nach diesem allgemeinen Rechtsgedanken zu forschen. Dabei wird sich zeigen, ob die Eigenart des öffentlichen Rechts eine dem Privatrecht ähnliche Regelung verträgt oder Abweichungen erheischt.

b) Die Ergänzung des öffentlichen Rechts aus sich selbst heraus.

α) Für die Gewinnung eines Rechtssatzes auf dem Wege der Rechtsanalogie haben wir zwei Möglichkeiten: Das deduktive und das induktive Verfahren. Deduktion ist diejenige Art der Beweisführung, bei der man vom Allgemeinen auf das Besondere schließt; die Grundgesetze des Erkennens führen uns zu einem allgemeinen Satz und diesen wenden wir auf Grund der allgemeinen Bedeutung, die ihm zukommt, auf den besonderen Fall an. Für die vorliegende Untersuchung bedeutet das: Wir müssen zunächst auf Grund unserer Erkenntnis zu dem allgemeinen Satz gelangen, daß es rechtlich unbedingt notwendig ist, daß Täuschung die Gültigkeit rechtsgeschäftlicher Verwaltungsakte beeinflußt; die Tatsache, daß auch die Beamtenanstellung ein rechtsgeschäftlicher Verwaltungsakt ist, berechtigt uns alsdann zu der Folgerung, daß dieser allgemeine Satz auch für den besonderen Fall des erschlichenen Anstellungsakts gelten muß. Umgekehrt besteht die induktive Beweisführung darin, vom Besonderen auf das Allgemeine zu schließen. Auf Grund der Feststellung zahlreicher gleichartiger Einzeltatsachen, gelangen wir zu der Annahme, daß diesen Einzeltatsachen ein einheitlicher Gedanke zugrunde liegt; diesem sprechen wir daher allgemeine Bedeutung zu. Danach würde

das induktive Verfahren im vorliegenden Falle dazu führen, daß wir zunächst auf Grund der bestehenden Einzelgesetze mehrere Fälle nachweisen müßten, in denen erschlichene rechtsgeschäftliche Verwaltungsakte ausdrücklich für ungültig erklärt werden. Daraus könnten wir den allgemeinen Rechtssatz entnehmen, daß grundsätzlich alle rechtsgeschäftlichen Verwaltungsakte bei Täuschung rückgängig gemacht werden können. Dieser allgemeine Satz müßte dann auch für den rechtsgeschäftlichen Verwaltungsakt der Beamtenanstellung zutreffen.

Es müßte nun genügen, wenn einer dieser Wege zum Ziele führt. Unsere Untersuchung gewinnt aber, wenn wir sowohl nach dem einen als auch nach dem anderen Verfahren zu demselben Ergebnis gelangen; denn dann kann es Zweifel an der Richtigkeit der gefundenen Lösung nicht mehr geben. Wie Neuhäuser[37]) wollen wir zuerst den Weg der Deduktion beschreiten und dann sehen, ob uns die Induktion das erzielte Ergebnis bestätigt. Da es aber ein Wesensmerkmal aller allgemeinen Rechtssätze ist, daß sie sofort zurücktreten, wenn sich aus dem Gesetz etwas anderes ergibt[38]), müssen wir schließlich noch darlegen, daß die Vorschriften des Beamtenrechts der Ungültigkeitserklärung einer bereits erfolgten Anstellung nicht entgegenstehen.

Im Verlauf aller dieser Ausführungen wird — wie bisher — immer nur von Ungültigkeit oder Rückgängigmachung der erschlichenen Verwaltungsakte die Rede sein, während die Frage, ob ein solcher Verwaltungsakt nichtig oder anfechtbar ist, noch offengelassen wird. Das geschieht deshalb, weil Nichtigkeit und Anfechtbarkeit nur Arten der Ungültigkeit sind[39]). Somit kommt es für uns zunächst darauf an, überhaupt erst die Ungültigkeit erschlichener Verwaltungsakte nachzuweisen; erst dann ist zu prüfen, ob Nichtigkeit oder nur Anfechtbarkeit anzunehmen ist. Ebenso soll mit der Bezeichnung fehlerhafter oder mangelhafter Verwaltungsakte nur der Gegensatz zu dem vollwirksamen betont, aber nichts über die Art und Wirkung dieser Fehler oder Mängel gesagt werden[40]).

β) aa) Ehe wir uns nun der Rückgängigmachung der erschlichenen Beamtenanstellung im einzelnen zuwenden können, müssen wir uns noch mit der Frage beschäftigen, ob und aus welchen Gründen Verwaltungsakte überhaupt rückgängig gemacht werden können. Grundsätzlich kann jede Verwaltungsbehörde die von ihr gesetzten Ver-

---

[37]) Neuhäuser, a. a. O. S. 11.

[38]) Kormann, a. a. O. S. 355; Neuhäuser, a. a. O. S. 105.

[39]) Fleiner, a. a. O. S. 196 f.

[40]) Vgl. auch Neuhäuser, a. a. O. S. 20.

waltungsakte jederzeit wieder zurücknehmen, wenn sie auf Grund pflichtgemäßen Ermessens zu der Überzeugung gelangt, daß die Verfügung dem öffentlichen Interesse nicht entspreche[41]). Gesetzlich anerkannt ist dieser Grundsatz allerdings nur für die Verfügungen der Gerichte in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 18 des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 20. Mai 1898); er wird aber mit Recht auf die Verfügungen der Verwaltungsbehörden ausgedehnt[41]). Die Gebundenheit der Verwaltung, wie sie der Rechtsstaat begründet hat[42]), steht dem nicht entgegen; denn sie bedeutet nur, daß die Behörde bis zur Zurücknahme den Akt nicht unbeachtet lassen darf[43]). Auch ist freier Widerruf nicht gleichbedeutend mit willkürlichem Widerruf[44]); denn Voraussetzung für den freien Widerruf ist, daß tatsächlich Unterlagen für die Unzweckmäßigkeit des betreffenden Verwaltungsakts vorhanden sind; nur dann bewegt sich der Widerruf im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens. Andernfalls handelt die Behörde willkürlich und kann sich zur Aufrechterhaltung der Widerrufsverfügung nicht auf den Grundsatz des freien Widerrufs berufen[45]).

Dieser Grundsatz des freien Widerrufs besteht jedoch nicht ohne wichtige Ausnahmen. Eine solche bilden alle Verwaltungsakte, die für den Staatsbürger Rechte begründen[46]). Bei diesen Akten hätte der freie Widerruf eine große Rechtsunsicherheit zur Folge, denn der Staatsbürger wäre des Besitzes der erworbenen Rechte nie sicher. Die Wideruflichkeit der rechtsbegründenden Verwaltungsakte muß daher beschränkt sein, und zwar in der Weise, daß der Widerruf nur aus besonderen Gründen zulässig ist. Den rechtsbegründenden sind aber in dieser Beziehung die Rechtsverhältnisse schaffenden Verwaltungsakte dann gleichzustellen, wenn bei dem durch sie begründeten Rechtsverhältnis die Rechte größer sind als die Pflichten oder diesen wenigstens gleichstehen[47]). Die Beamtenanstellung ist ein solches Rechtsverhältnis. Daraus folgt, daß der Anstellungsakt dem beschränkten Widerruf unterliegen muß; er kann also nur rückgängig gemacht werden, wenn ein besonderer Zurücknahmegrund gegeben

[41]) Kormann, a. a. O. S. 329 f. und S. 335.
[42]) Hatschek, Verwaltungsrecht, S. 4.
[43]) Kormann, a. a. O. S. 200; O. Mayer, a. a. O. Bd. I, S. 253.
[44]) Neuhäuser, a. a. O. S. 23.
[45]) Kormann, a. a. O. S. 330.
[46]) W. Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt, S. 156 ff.; O. Mayer, a. a. O. Bd. I, S. 253; Neuhäuser, a. a. O. S. 41.
[47]) Kormann, a. a. O. S. 349; Neuhäuser, a. a. O. S. 55 o.

ist. Damit stehen wir vor der Frage, ob im Falle der Erschleichung der Beamtenanstellung die Täuschung einen solchen Grund darstellt[48]).

bb) Ein Rechtsgeschäft, das durch Täuschung beeinflußt ist, leidet an einem Willensmangel. Zwar liegt dieser Mangel nicht in der Erklärung des Willens, denn Wille und Erklärung stimmen überein. Wohl aber ist auf die Entstehung des Willens in unzulässiger Weise eingewirkt worden, denn daß das Erklärte gewollt ist, beruht auf Täuschung[49]). Für die rechtliche Behandlung der Willensmängel hat die Rechtsordnung ganz allgemein zwei Möglichkeiten; für welche von beiden sie sich bei dem einzelnen Willensmangel entscheidet, beruht auf Zweckmäßigkeitserwägungen. Sie kann das Hauptgewicht auf den Willen legen, ausgehend davon, daß der rechtliche Erfolg nur deshalb eintreten soll, weil er gewollt ist. Sie kann aber auch der Erklärung den Vorrang einräumen, und zwar aus dem Gesichtspunkt der Sicherheit des Rechtsverkehrs. Im ersten Falle wird der Erklärende geschützt, seine Erklärung ist unwirksam; im zweiten Falle wird der Rechtsschutz dem Erklärungsgegner zuteil, die Erklärung wird aufrecht erhalten. Bei öffentlichen Rechtsgeschäften legte man nun früher[50]) das Hauptgewicht auf die Erklärung und räumte dem Willensmangel grundsätzlich keinen Einfluß auf die Gültigkeit des öffentlichen Rechtsgeschäfts ein, da man der Erklärung der Staatsgewalt eine so überragende Bedeutung beimaß, daß Mängel bei ihrem Zustandekommen ihr nichts anhaben könnten[51]); man erblickte in dem Staatswillen „etwas weit über menschlichen Willen Erhobenes“[52]). So kam es, daß das damals noch maßgebende gemeine Recht nur in ganz seltenen Fällen die Berücksichtigung der Täuschung bei Staatsakten zuließ. Es konnte nämlich gegenüber landesherrlichen Reskripten (meist in Justiz- und Gnadensachen), die durch arglistige Täuschung erwirkt waren, die sogenannte exceptio sub- vel obreptionis geltend gemacht werden[53]).

Erst in neuester Zeit hat sich die Anschauung durchgesetzt, daß dem Staatswillen nicht mehr Kraft innewohnt als dem Willen von Privatpersonen, und daß daher auch die staatliche Willenserklärung

[48]) Vgl. Kormann, a. a. O. S. 354.
[49]) Staudinger, Komm. z. BGB., Bd. I, Vorbem. V zu §§ 116 ff. S. 443.
[50]) Vgl. die Entscheidung des Pr. OVG. aus dem Jahre 1886 (Bd. 13, S. 409 ff.).
[51]) Neuhäuser, a. a. O. S. 18.
[52]) Neuhäuser, a. a. O. S. 34.
[53]) W. Jellinek, a. a. O. S. 107 ff.; Hartmann in JW. 1915, S. 12; Neuhäuser a. a. O. S. 34.

dem Einfluß von Willensmängeln unterliegt. Daß dieser Wandel der Anschauung jetzt Allgemeingut geworden ist, zeigen deutlich eine neuere Entscheidung des preußischen Oberverwaltungsgerichts[54]) und die bereits oben angeführte Entscheidung des Reichsgerichts vom 3. Januar 1914[55]), die beide die Willensmängel bei öffentlichen Rechtsgeschäften für durchaus beachtlich erklären.

cc) Aus alledem läßt sich entnehmen, daß an sich die Möglichkeit besteht, daß Willensmängel die Gültigkeit von Verwaltungsakten beeinflussen, mithin auch einen besonderen Grund für die Rückgängigmachung der Rechtsverhältnisse schaffenden Verwaltungsakte bilden. Diese Feststellung ist die notwendige Voraussetzung für die nun folgende eigentliche deduktive Beweisführung, durch die nachgewiesen werden soll, daß der Willensmangel der Täuschung ganz allgemein die Ungültigkeit auch solcher Verwaltungsakte herbeiführen muß, die dem beschränkten Widerruf unterliegen.

Kormann[56]) sieht diese rechtliche Notwendigkeit schon dann für vorhanden an, wenn der betreffende Verwaltungsakt auf objektiv unrichtige Angaben hin erlassen ist, sofern nur diese Angaben für seinen Erlaß wirklich ursächlich gewesen sind. Die innere Rechtfertigung dieser Auffassung findet Kormann in dem Grundsatz der exceptio doli; es sei zwar nicht dolos, objektiv unrichtige Angaben zu machen, derartiges könne sehr entschuldbarerweise vorkommen; aber es sei dolos, Rechte oder rechtliche Vorteile zu beanspruchen, die man auf Grund solcher unrichtigen Angaben erlangt habe[57]). Kormann stellt also die objektive Täuschung der subjektiven grundsätzlich gleich. Dagegen werden von Neuhäuser[58]) mit Recht starke Bedenken geltend gemacht. An drei Beispielen zeigt Neuhäuser, daß die Lehre Kormanns in der Praxis zu großen Unzuträglichkeiten führen kann. Aber auch den Einwendungen, die Neuhäuser vom theoretisch-wissenschaftlichen Standpunkt gegen Kormann erhebt, kann man durchaus beipflichten. Der Staat läßt durch seine Beamten die Angaben der Staatsbürger auf ihre Richtigkeit nachprüfen, und wenn selbst diese auf Grund sorgfältigster Prüfung keine Fehler entdecken, so kann man von dem Staatsbürger nicht eine darüber hinausgehende Sorgfalt verlangen.

---

[54]) OVG. Bd. 52, S. 309.

[55]) RGZ. Bd. 83, S. 431 f.

[56]) Kormann, a. a. O. S. 371 ff.

[57]) Kormann, a. a. O. S. 371.

[58]) Neuhäuser, a. a. O. S. 37 ff.; gegen Kormann auch Vogels, a. a. O. S. 261.

„Ein höherer Grad aufzubringender Sorgfalt, als die öffentliche Gewalt selbst durch ihre entscheidenden Beamten zu entfalten vermag — die auch nur Menschen sind —, kann von dem mit der Obrigkeit zusammenwirkenden Untertan niemals gefordert oder erwartet werden[59])." Keiner der Beteiligten trägt Schuld an der Entstehung der Unrichtigkeit. Daher darf der Staat sich nicht zum Nachteil des schuldlosen Staatsbürgers auf die Unrichtigkeit berufen. Das wäre aber der Fall, wenn der Staatsbürger nicht die Rechte geltend machen könnte, die er aus einem auf Grund schuldlos unrichtiger Angaben ergangenen Verwaltungsakt erlangt hat. Die Geltendmachung der auf diese Weise erworbenen Rechte kann man also nicht als dolos bezeichnen.

Reicht aber lediglich objektive Unrichtigkeit zur Ungültigkeitserklärung nicht aus, so bleibt nur die Annahme übrig, daß zur Berufung auf eine Art exceptio doli die Angaben schuldhaft unrichtig gemacht sein müssen. Damit folgen wir dem Verschuldungsprinzip im Gegensatz zu dem von Kormann vertretenen Veranlassungsprinzip. Denn nur wenn der Staatsbürger Rechte verfolgt, die er durch schuldhafte Täuschung der öffentlichen Gewalt erlangt hat, handelt er dolos. Daher ist nur in diesem Falle der Staat berechtigt, unter Berufung auf die schuldhafte Täuschung den Verwaltungsakt für ungültig zu erklären, da er sich anders nicht von ihm befreien kann. Der Satz aber, daß die schuldhafte Täuschung dem mitwirkenden Staatsbürger entgegengehalten werden kann, ist eine rechtliche Notwendigkeit; es würde jedem Rechtsgefühl widersprechen, wollte eine Rechtsordnung die Geltendmachung von Rechten zulassen, die durch unlauteres Verhalten erlangt sind. Daraus folgt aber weiter, daß, falls die Täuschung von dritter Seite verübt wird, der von dem Verwaltungsakt Betroffene dafür nur verantwortlich gemacht werden kann, wenn er von der Täuschung gewußt hat oder hätte wissen müssen[60]). Das wird besonders dann wichtig, wenn bei der Vorbereitung des Verwaltungsakts die erlassende Behörde — wie es vielfach geschieht — von anderen Behörden Auskünfte einholt und diese Auskünfte unrichtig erteilt werden. Dann kann man den Staatsbürger unmöglich für ein Verschulden verantwortlich machen, das der öffentlichen Gewalt selbst zur Last fällt[61]).

---

[59]) Neuhäuser, a. a. O. S. 39.

[60]) Neuhäuser, a. a. O. S. 42, aber auch Kormann, S. 372.

[61]) Vgl. das Beispiel bei Neuhäuser, a. a. O. S. 43 f.

Es bleibt nun noch übrig festzustellen, ob jede schuldhafte Täuschung die Ungültigkeit des fehlerhaften Verwaltungsakts zur Folge hat oder ob dazu ein bestimmter Grad des Verschuldens erforderlich ist. Daß die Täuschung nicht arglistig, sondern nur vorsätzlich zu sein braucht, haben wir bereits bei der Erörterung des Erschleichungstatbestandes festgestellt[62]). Er fragt sich daher nur noch, ob auch fahrlässige Täuschung ausreicht. Fahrlässige Amtserschleichung wird zwar nur sehr selten vorkommen, doch ist sie immerhin denkbar und soll daher der Vollständigkeit der Untersuchung wegen hier kurz behandelt werden, wobei wir uns den Ausführungen Neuhäusers[63]) anschließen können. Der Grund dafür, daß das BGB. in § 123 fahrlässige Täuschung als Anfechtungsgrund nicht kennt, ist darin zu suchen, daß sich der Vertragschließende bei Privatrechtsgeschäften seinen Geschäftsgegner nach freiem Belieben aussuchen und dessen geschäftliche Sorgfalt selbst nachprüfen kann; daher muß er auch die Gefahr fahrlässig täuschender Erklärungen des Gegners in hohem Maße selbst tragen. Ganz anders im öffentlichen Recht. Erläßt der Staat einen Verwaltungsakt, so hat er gewöhnlich nicht die Möglichkeit, sich über die geschäftliche Sorgfalt des betroffenen Staatsbürgers genügend Klarheit zu verschaffen; er muß daher auch gegen die Fahrlässigkeit des Staatsbürgers geschützt sein. Es erscheint also notwendig, daß auch fahrlässig gemachte unrichtige Angaben den Staat zur Ungültigkeitserklärung des betreffenden Verwaltungsaktes berechtigen. Demgegenüber darf der Staatsbürger für sich keinen Schutz beanspruchen, denn Fahrlässigkeit stellt ein Verschulden dar, wenn es auch dem Rechtsgefühl widerspricht, sie als unlauteres Mittel[64]) anzusehen.

Zusammenfassend können wir sagen, daß jede schuldhafte Täuschung einen Grund für die Rückgängigmachung der beschränkt widerruflichen Verwaltungsakte bildet. Eine Bestätigung dieses Ergebnisses erlangen wir, wenn wir die Untersuchung auf induktivem Wege fortführen. Zu diesem Zweck stellen wir im folgenden eine Anzahl Einzelvorschriften zusammen, die sämtlich die Rückgängigmachung durch Täuschung fehlerhafter Verwaltungsakte zulassen. Wenn auch diese Vorschriften immer nur für bestimmte, meist eng begrenzte Gebiete des öffentlichen Rechts gelten, so zeigen sie uns doch, daß das Verwaltungsrecht tatsächlich einen allgemeinen Satz

[62]) Vgl. oben S. 10.
[63]) Neuhäuser, a. a. O. S. 39 f.
[64]) Vgl. oben S. 9.

des Inhalts kennt, daß auch beschränkt widerrufliche Verwaltungsakte bei Erschleichung zurückgenommen werden können[65]).

γ) aa) αα) Aus dem geltenden Reichs- und Landesrecht seien zunächst die Fälle angeführt, in denen das Gesetz ausdrücklich die Zurücknahme dann zuläßt, wenn die Voraussetzungen für den Erlaß des rechtsbegründenden Verwaltungsakts von vornherein nicht vorhanden waren, ihr Fehlen aber der Behörde unbekannt geblieben ist. Hierunter fällt auch, wenn die Behörde infolge Täuschung nicht vorhandene Voraussetzungen als bestehend angesehen hat[66]). So kann gemäß § 44 a Abs. 4 der Reichsgewerbeordnung vom 21. Juni 1869 eine Legitimationskarte und gemäß § 58 RGewO. ein Wandergewerbeschein zurückgenommen werden, wenn sich herausstellt, daß die im Gesetz bezeichneten Verweigerungsgründe für die Zeit der Erteilung der Ausweise vorhanden gewesen, der Behörde aber unbekannt geblieben sind[67]). — Dasselbe bestimmen hinsichtlich des Jagdscheins verschiedene deutsche Jagdordnungen, z. B. die preußische JO. vom 15. Juli 1907 (Ges.-S. S. 207) in § 36[68]). — Schließlich kann nach § 121 ZPO. das Armenrecht jederzeit entzogen werden, wenn sich ergibt, daß eine Voraussetzung der Bewilligung nicht vorhanden war.

ββ) Noch bedeutsamer aber sind für uns die Fälle, in denen die Gesetze deutlich auf die Rückgängigmachung gerade wegen Täuschung hinweisen. Aus dem früheren Recht sei kurz hingewiesen auf § 8, II, 14 ALR., der eine Vermutung dafür aufstellt, wann Privilegien als erschlichen gelten sollen. Der Gesetzgeber billigt dadurch mittelbar einen von der damaligen Wissenschaft aufgestellten Grundsatz, wonach alle Privilegien, die durch Angabe falscher oder Unterdrückung wahrer Tatsachen erschlichen seien, vom Staatsoberhaupt widerrufen werden könnten[69]). Aus dem geltenden Recht kommt besonders § 53 RGewO. in Betracht, nach dessen Absatz 1 Approbationen und Absatz 2 Erlaubnisse zu Schauspielunternehmungen, Schankwirtschaften u. a. zurückgenommen werden können, wenn sie auf Grund unrichtiger Angaben erlangt sind und die Behörde dies nachweist[70]). Bemerkens-

[65]) Vgl. Kormann, a. a. O. S. 354 f.

[66]) Kormann, a. a. O. S. 356 oben.

[67]) Kormann, a. a. O. S. 357 unten.

[68]) Neuhäuser, a. a. O. S. 46 f.

[69]) Hubrich, im Verw.-Arch. Bd. 16, S. 578 und im Arch. f. öff. Recht, Bd. 39, S. 145 ff.

[70]) Kormann, a. a. O. S. 372; Neuhäuser, a. a. O. S. 44 f.; vgl. auch v. Landmann-Rohmer, Komm. z. RGewO., Bd. I, S. 427.

wert ist hier, daß damit die grundsätzliche Unwiderruflichkeit der gewerberechtlichen Approbationen und Konzessionen auch für den Fall der Täuschung vom Gesetzgeber ausdrücklich durchbrochen wird. Auch kommen gerade die Täuschungsfälle des § 53 RGewO. der Amtserschleichung sehr nahe; denn meist wird es sich bei der Erschleichung des nach § 53 erforderlichen Befähigungsnachweises um die Fälschung von Zeugnissen oder um Unredlichkeiten bei den vorgeschriebenen staatlichen Prüfungen handeln[71]) — also um Mittel, denen wir auch bei der Einschleichung in ein Amt am häufigsten begegnen. Neuhäuser[72]) hebt hervor, daß § 53 das subjektive Moment bei der Täuschung ganz unberücksichtigt läßt, führt aber dies zutreffend auf psychologische Gründe zurück. — In ähnlicher Weise wird von manchen Bauordnungen ausdrücklich die Ungültigkeit erschlichener Bauerlaubnisse ausgesprochen, so z. B. von der bayrischen Bauordnung vom 31. Juli 1890 in § 76 Abs. 3[73]) und von der badischen Landesbauordnung vom 1. September 1907 in § 137[74]).

bb) *aa*) Von großer Wichtigkeit für unsere Untersuchung aber sind zwei Bestimmungen, die für größere Gebiete des öffentlichen Rechts allgemeine Bedeutung besitzen und den von uns behaupteten allgemeinen Satz in klarer Form zum Ausdruck bringen. Das ist zunächst die im Schrifttum mehrfach erwähnte badische Landesherrliche Verordnung vom 31. August 1884, das Verfahren in Verwaltungssachen betreffend[75]). Sie ermächtigt in § 43 Abs. 1 Ziff. 2 die verfügende oder die ihr vorgesetzte Behörde, ihre Verfügung abzuändern oder aufzuheben, wenn eine erteilte Bewilligung oder Genehmigung erschlichen wurde. Hier haben wir einen der seltenen Fälle vor uns, in denen der erschlichene Verwaltungsakt eine ausdrückliche allgemeine Regelung erfahren hat, so daß dieser Rechtssatz auch außerhalb der badischen Landesverwaltung große Bedeutung gewinnt. Mit Recht nennt daher Jellinek diese Verordnung nicht nur ein Beispiel, sondern das „Muster einer allgemeinen Ermächtigung zur Rücknahme fehlerhafter Verfügungen“[76]). Wir dürfen uns nicht daran stoßen, daß die genannte badische VO. von erschlichenen „Bewilli-

[71]) W. Jellinek, a. a. O. S. 163.

[72]) Neuhäuser, a. a. O. S. 45.

[73]) Neuhäuser, a. a. O. S. 47 f.

[74]) Kormann, a. a. O. S. 359 und 373.

[75]) Kormann, a. a. O. S. 372; W. Jellinek, a. a. O. S. 159; Fleiner, a. a. O. S. 174; Neuhäuser, a. a. O. S. 63 ff.

[76]) W. Jellinek, a. a. O. S. 159.

gungen und Genehmigungen" spricht. Zutreffend sieht Neuhäuser[77]) darin nur „allgemeine und ausdruckslose Wendungen", die möglichst viele Fälle umfassen sollen, weil zur Zeit der Entstehung der genannten VO. (1884) die Wissenschaft eine Einteilung der Verwaltungsakte in bestimmte Gruppen noch nicht kannte. Wir können daher annehmen, daß der Gesetzgeber mit Bewilligungen und Genehmigungen alle rechtsbegründenden Verwaltungsakte gemeint hat. Schließlich wäre noch darauf hinzuweisen, daß in der VO. von 1884 durch den Ausdruck „erschlichen" das subjektive Moment bei der Täuschung, also das Verschulden, besonders betont wird. Kormanns Ansicht, der darin nur einen falschen Ausdruck für „unrichtige Nachweise" sieht, also nur objektive Täuschung als Ungültigkeitsgrund aus dieser VO. herleiten will, dürfte zu weit gehen.

ββ) Noch wichtiger für uns, weil jüngeren Datums, ist eine Bestimmung der Reichsabgabenordnung vom 13. Dezember 1919. Dieses Gesetzeswerk stellt für ein Teilgebiet des öffentlichen Rechts, nämlich für das Steuerrecht, umfassende allgemeine Lehren auf, aus denen Schlüsse auf den allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts überhaupt gezogen werden können. So regelt die RAO. auch eingehend die Einwirkung von Willensmängeln auf die von den Finanzbehörden erlassenen rechtsbegründenden Verwaltungsakte. Auch sie geht von dem Grundsatz der freien Widerruflichkeit der Verwaltungsakte aus, verlangt aber für rechtsbegründende Akte, wie § 78 Abs. 1 zeigt, einen besonderen Grund für die Rückgängigmachung. Diesen sieht auch die RAO. in dem Vorhandensein von Willensmängeln, also auch in dem Willensmangel der Täuschung (§ 78 Abs. 1 Nr. 2). Daß nach § 78 bereits objektive Täuschung („auf Grund unrichtiger oder irreführender Angaben") genügt, erklärt sich — wie Neuhäuser[78]) nachweist — aus den besonderen praktischen Bedürfnissen der Finanzverwaltung, die nicht mit dem Nachweis des Verschuldens des Betroffenen belastet werden soll.

cc) Diese Zusammenstellung von Einzelvorschriften aus den verschiedensten Gebieten des öffentlichen Rechts läßt schon jetzt die Annahme berechtigt erscheinen, daß auch die induktive Beweisführung ein richtiges Ergebnis gezeitigt hat. Ehe wir jedoch den gewonnenen Grundsatz auf unseren Fall anwenden, müssen wir uns noch mit einem Einwand beschäftigen, der gegen seine Allgemeingültigkeit erhoben

[77]) Neuhäuser, a. a. O. S. 64.
[78]) Neuhäuser, a. a. O. S. 66.

werden könnte. Gerade aus dem Umstand, daß das Gesetz die Rückgängigmachung des erschlichenen Verwaltungsakts nur in Einzelfällen ausspricht, könnte man den Schluß ziehen, daß es in allen übrigen Fällen auch den erschlichenen Verwaltungsakt aufrecht erhalten wissen wolle. Daß aber dieses argumentum e contrario hier verfehlt wäre, zeigt uns ein Vergleich zwischen den Verwaltungsakten und den Urteilen als denjenigen Staatsakten, deren Aufhebung vom Gesetz allein in allgemein gültiger Weise geregelt ist. Dieser Vergleich ist deswegen angebracht, weil sowohl Urteile wie auch Verwaltungsakte Willensäußerungen der Staatsgewalt sind und daher in einem gewissen inneren Zusammenhang miteinander stehen, wie man ja auch beide Gruppen unter der Bezeichnung Staatsakt zusammenfaßt[79]).

Die Aufgabe des Urteils besteht darin, Rechtsgewißheit zu schaffen; es soll den zwischen den Parteien entstandenen Rechtsstreit endgültig aus der Welt schaffen[80]). Daher kommt dem Urteil die sogenannte materielle Rechtskraft zu, und deswegen räumt ihm die Rechtsordnung eine Sonderstellung unter den Staatsakten ein, indem sie die Umstoßung fehlerhafter rechtskräftiger Urteile nur unter genau festgelegten Voraussetzungen und Formen zuläßt (vgl. Buch 4 ZPO. und Buch 4 StPO. über die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens). Ganz andere Aufgaben hat der Verwaltungsakt zu erfüllen. Die Verwaltung soll durch ihn nicht das Recht verwirklichen, sondern einen äußeren, „dem Staat nützlichen Erfolg innerhalb der Schranken des Rechts" herbeiführen[81]); das Recht ist ihr nur ein Mittel zur Erreichung dieses Zweckes[82]). Aus diesem Grunde fehlt dem Verwaltungsakt nach richtiger, allerdings bestrittener Auffassung[83]), die materielle Rechtskraft, und daher kann auch der rechtsbegründende Verwaltungsakt nicht dauerhafter sein als das rechtskräftige Urteil. Daraus folgt aber, daß die Aufhebung fehlerhafter Verwaltungsakte nicht an ebenso strenge Voraussetzungen gebunden sein kann wie die fehlerhafter Urteile[84]). Auf den Fall der Täuschung angewendet, bedeutet dieser Satz: Bei einem Urteil begründet schuldhafte Täuschung allein noch nicht die Möglichkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens, denn § 580 Ziff. 4 ZPO. ver-

[79]) Neuhäuser, a. a. O. S. 82.
[80]) Fleiner, a. a. O. S. 186.
[81]) W. Jellinek, a. a. O. S. 158.
[82]) Fleiner, a. a. O. S. 186.
[83]) Vgl. Fleiner, a. a. O. S. 187, Anm. 40; Neuhäuser, a. a. O. S. 67 f.
[84]) W. Jellinek, a. a. O. S. 160.

langt eine mit öffentlicher Strafe bedrohte Handlung. Es muß sich also um eine Täuschung handeln „in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen" (Betrug, § 263 StGB.). Das wird man für fehlerhafte Verwaltungsakte nicht zu verlangen haben, sondern man wird jede schuldhafte Täuschung für ausreichend ansehen müssen, da sonst der Verwaltungsakt dem Urteil gleichgestellt wäre[85]).

So zeigt uns der Vergleich zwischen Verwaltungsakt und Urteil, daß die öffentliche Rechtsordnung, wenn sie die Aufhebung von Urteilen überhaupt für zulässig erklärt, die Unabänderlichkeit der beschränkt widerruflichen Verwaltungsakte nicht gewollt haben kann.

c) Kein Widerspruch mit den beamtenrechtlichen Gesetzen.

Damit haben wir nachgewiesen, daß das öffentliche Recht schuldhafte Täuschung allgemein als Grund für die Rückgängigmachung auch der Verwaltungsakte ansieht, die dem beschränkten Widerruf unterliegen. Da die Beamtenanstellung zu diesen gehört, muß auch sie, wenn sie auf schuldhafter Täuschung beruht, zurücknehmbar sein[86]). Es könnten jedoch Zweifel auftauchen, ob nicht gerade die Zurücknahme der Beamtenanstellung gegen die bestehenden beamtenrechtlichen Vorschriften verstößt, da für Beamte der Grundsatz gilt, daß ihre Entlassung nur unter den gesetzlich bestimmten Voraussetzungen und Formen erfolgen kann (Art. 129 Abs. 2 RV., Art. 79 Abs. 1 Pr. V.; für Richter noch erweitert in Art. 104 Abs. 1 RV.). Nach unserer Auffassung steht die Entlassung im Wege der Ungültigkeitserklärung der Anstellung mit diesen Vorschriften jedoch nicht im Widerspruch. Denn auch diese Art der Entlassung erfolgt nicht willkürlich, sondern wir haben sie erst zugelassen, nachdem wir die rechtliche Grundlage hierfür nachgewiesen haben. Einen numerus clausus aber in dem Sinne, daß die Beendigung des Beamtendienstverhältnisses nur aus den in den Gesetzen ausdrücklich aufgezählten Gründen möglich sei, gibt es nicht; die Endigungsgründe sind im Gesetz nicht erschöpfend aufgezählt[87]). Andernfalls könnte ja der Beamte auf sein Amt nie von selbst verzichten[88]). Auch befaßt sich der Gesetzgeber

[85]) Vgl. W. Jellinek, a. a. O. S. 137 und 159.

[86]) Kormann, a. a. O. S. 355.

[87]) a. M. Josef, Pr. Verw.-Bl. Bd. 41, S. 591.

[88]) Hubrich, im Arch. f. öff. Recht, Bd. 39, S. 145.

im allgemeinen nur mit solchen Angelegenheiten, für deren Regelung zur Zeit des Erlasses des Gesetzes in der Praxis ein unmittelbares Bedürfnis besteht. In der Zeit, in der unsere heute noch geltenden Beamtengesetze geschaffen wurden, kam die Einschleichung in Amtsstellungen aber so selten vor, daß er diesen Entlassungsgrund als zu entfernt liegend übergehen konnte. Heute, wo die Fälle der Amtserschleichung verhältnismäßig häufig sind, müssen wir uns daran erinnern, daß uns das Recht nicht nur in Form ausdrücklicher Satzung entgegentritt, sondern mitunter auch aus der Rechtsordnung als Ganzem herausgelesen werden muß. Letzteres ist in unserem Falle geschehen. Es steht daher nichts im Wege, die Amtserschleichung als gleichberechtigten Endigungsgrund des Beamtendienstverhältnisses neben die im Gesetz erwähnten treten zu lassen[89]).

Diese Erwägungen werden noch gestützt durch den Umstand, daß es nach dem geltenden preußischen Dienststrafrecht — wie oben gezeigt — durchaus nicht immer möglich ist, Beamte wegen Amtserschleichung disziplinarisch zur Verantwortung zu ziehen. Es muß aber eine Möglichkeit geben, diese unwürdigen Personen aus dem Staatsdienst zu entfernen. Auch kann der Wille des Gesetzes nicht darauf gerichtet sein, den Schutz, den das Dienststrafverfahren für rechtsmäßig angestellte Beamte bilden soll, auch Personen zu gewähren, die in gesetzwidriger Weise Beamte geworden sind. Nach alledem kann es daher nicht mehr zweifelhaft sein, daß auch der Beamtenanstellungsakt bei schuldhafter Täuschung für ungültig erklärt werden kann.

3. Die Art der Ungültigkeit der erschlichenen Beamtenanstellung.

Nunmehr sind wir in der Lage zu prüfen, welcher Art die Ungültigkeit der erschlichenen Beamtenanstellung ist. Der Anstellungsakt kann nichtig oder nur anfechtbar sein. Der Unterschied zwischen diesen beiden Arten der Ungültigkeit liegt ganz allgemein in folgendem. Das nichtige Rechtsgeschäft äußert überhaupt keine Rechtswirkungen, es ist als nicht vorhanden anzusehen[90]). Daher ist auch eine ausdrückliche Ungültigkeitserklärung nicht erforderlich. Erfolgt eine solche dennoch, so wird damit lediglich die schon bestehende Richtigkeit festgestellt. Das anfechtbare Rechtsgeschäft führt dagegen zunächst den gewollten rechtlichen Erfolg herbei. Es

[89]) Neuhäuser, a. a. O. S. 59.

[90]) Fleiner, a. a. O. S. 196; W. Jellinek, a. a. O. S. 45.

ist so lange als gültig zu behandeln, bis es durch förmliche Erklärung vernichtet wird; Anfechtbarkeit ist also gleichbedeutend mit Vernichtbarkeit[91]). Das gilt in gleicher Weise für das Privatrecht wie für das öffentliche Recht. Wann ist nun ein ungültiges öffentliches Rechtsgeschäft nichtig und wann nur anfechtbar?

Bei der Beantwortung dieser Frage dürfen wir uns nicht in privatrechtlichen Gedankengängen bewegen. Im Privatrecht nimmt das nichtige Rechtsgeschäft einen breiten Raum ein. Das liegt daran, daß die Privatwillenserklärung einen rechtlichen Erfolg niemals herbeizuführen vermag, wenn dieser nicht auch vom Gesetz selbst gewollt ist. Daher besitzt die Privatwillenserklärung nicht die Kraft, sich über den Willen des Gesetzes hinwegzusetzen; sie geht vielmehr bei einem Verstoß gegen das Gesetz rechtlich zugrunde, d. h. sie wird nichtig. Nur in den wenigen Fällen, in denen das Gesetz die Ungültigkeitserklärung ausdrücklich dem freien Parteiwillen überläßt, ist das Privatrechtsgeschäft anfechtbar[92]). Ganz andere Gesichtspunkte sind für die Nichtigkeit bzw. Anfechtbarkeit des öffentlichen Rechtsgeschäfts maßgebend. Der Verwaltungsakt steht dem Gesetz schon deswegen ganz anders gegenüber als die Privatwillenserklärung, weil er ein Ausdruck des Staatswillens ist. Daher hat er grundsätzlich allein schon durch sein Dasein die Vermutung der Rechtsgültigkeit für sich und ist sogar bei Gesetzwidrigkeit grundsätzlich so lange rechtsverbindlich, bis er aufgehoben wird[93]). Schon daraus ergibt sich, daß die Nichtigkeit fehlerhafter Verwaltungsakte die Ausnahme und die Anfechtbarkeit die Regel sein muß, also gerade umgekehrt wie im Privatrecht. Dazu kommt, daß das öffentliche Recht in viel höherem Maße als das Privatrecht auf die Sicherheit des Rechtsverkehrs Rücksicht nehmen muß, die durch das nichtige Rechtsgeschäft viel stärker gefährdet wird als durch das anfechtbare. Der Staatsbürger vertraut darauf, daß die Erklärungen, die in Ausübung der öffentlichen Gewalt abgegeben werden, gültig sind. Öftere Nichtigkeit dieser Erklärungen würde sein Vertrauen erschüttern[94]). Man wird demnach ein öffentliches Rechtsgeschäft nur dann für nichtig ansehen dürfen, wenn es sehr schwerwiegende Fehler aufweist, besonders aber dann, wenn diese Fehler schon äußerlich erkennbar sind, so daß die Nichtigkeit der Sicherheit des Rechtsverkehrs keinen Abbruch tun kann. Das ist z. B.

---

[91]) W. Jellinek, a. a. O. S. 149 u. O. Mayer, a. a. O. Bd. I, S. 95 u. 256 oben.
[92]) Kormann, a. a. O. S. 216 f.
[93]) Hatschek, a. a. O. S. 10.
[94]) Fleiner, a. a. O. S. 199.

der Fall, wenn der Verwaltungsakt von einer sachlich oder örtlich absolut unzuständigen Behörde ausgegangen ist (vgl. § 7 RFGG.)[95]) oder wenn er der vorgeschriebenen Form ermangelt[96]). Der durch die Täuschung verursachte Willensmangel bewirkt jedoch nur eine inhaltliche Fehlerhaftigkeit des Rechtsgeschäfts. Es wäre daher mit dem Erfordernis der Rechtssicherheit unvereinbar, einen äußerlich ordnungsmäßigen Verwaltungsakt einfach als nicht vorhanden zu betrachten. Ein durch Täuschung beeinflußter Verwaltungsakt darf demnach nicht nichtig, sondern nur anfechtbar sein. Daher kann auch Ungültigkeitserklärung der erschlichenen Beamtenanstellung nur Anfechtbarkeit, niemals Nichtigkeit bedeuten.

Daß anfechtungsberechtigt hierbei der Staat ist, darf nicht stören, wenn man auch bei der Anfechtung im öffentlichen Recht zunächst an die Fälle denkt, in denen das Gesetz dem betroffenen Staatsbürger ein Anfechtungsrecht gewährt[97]). Kormann nennt die Anfechtung, die seitens des Erklärenden selbst erfolgt, Selbstanfechtung, im Gegensatz zu der Parteianfechtung, die von dem Erklärungsempfänger ausgeht[98]). Sehr treffend bezeichnet Neuhäuser die öffentlichrechtliche Selbstanfechtung als amtliche Anfechtung[99]), da sie von dem Staat oder einer anderen öffentlichrechtlichen Körperschaft, also stets von einer „Amtsperson" ausgeht. Wie nun diese amtliche Anfechtung vor sich geht, soll im folgenden erörtert werden.

II. Vollzug der Ungültigkeitserklärung.

1. Form.

Die Anfechtung eines Verwaltungsakts erfolgt grundsätzlich in Gestalt eines neuen Verwaltungsakts[1]), denn ein Akt, der in Ausübung der Staatsgewalt ergangen ist, kann nur durch einen ebensolchen rückgängig gemacht werden[2]). Die Vernichtung eines Verwaltungsakts durch einen anderen wird als Widerruf bezeichnet[3]); im Falle der An-

[95]) Kormann, a. a. O. S. 247 f.
[96]) Kormann, a. a. O. S. 260 ff.
[97]) Kormann, a. a. O. S. 209.
[98]) Kormann, Annalen 1912, S. 48.
[99]) Neuhäuser, a. a. O. S. 94.

[1]) Fleiner, a. a. O. S. 196; W. Jellinek, Gesetz, Gesetzanwendung usw., S. 209; Hartmann in JW. 1915, S. 120, u. Hubrich im Arch. d. öff. Rechts, Bd. 39, S. 145.
[2]) W. Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt, S. 168.
[3]) Kormann, System, S. 323.

fechtung spricht man daher auch von einem Widerruf „kraft Anfechtung“[4]). Als contrarius actus muß der Widerruf in derselben Form erfolgen, die für den widerrufenen Verwaltungsakt gilt[5]). Mithin hängt die Form des Widerrufs der Beamtenanstellung von der Form der Anstellung selbst ab. Die Anstellung der unmittelbaren preußischen Staatsbeamten erfolgt unbestritten formlos; die Aushändigung einer Anstellungsurkunde (Bestallung) wird vom Gesetz überhaupt nicht verlangt. Für Reichs- und preußische Kommunalbeamte besteht dagegen die Vorschrift, daß bei der Anstellung eine Anstellungsurkunde auszuhändigen sei (§ 4 Abs. 1 Reichsbeamtengesetz und § 1 des Gesetzes, betreffend die Anstellung und Versorgung der Kommunalbeamten vom 30. Juli 1899). Nach der herrschenden, richtigen Ansicht[6]) kommt der Anstellungsurkunde aber in beiden Fällen nur kundmachende (deklarative), nicht rechtsbegründende (konstitutive) Bedeutung zu; sie ist kein wesentliches Erfordernis für die Begründung des Beamtendienstverhältnisses. Ist nämlich jemand durch Verwaltungsakt als Beamter angestellt worden, so kann seine Beamteneigenschaft späterhin nicht deshalb verneint werden, weil er die Anstellungsurkunde nicht oder nicht rechtzeitig erhalten habe. Erfolgt aber die Anstellung selbst formlos, so bedarf auch ihr Widerruf und somit auch ihre Anfechtung keiner Form. Man wird nur verlangen müssen, daß der Widerruf ausdrücklich als Anfechtung bezeichnet wird und den Grund der Anfechtung enthält. Denn da die amtliche Anfechtung im Verhältnis zu der Parteianfechtung und der Anfechtung im Privatrecht sehr selten vorkommt, wird der betroffene Staatsbürger mit ihr meist nicht Bescheid wissen. Er muß daher schon in dem Widerrufsakte selbst über den Sachverhalt ausreichend aufgeklärt werden, damit er sich über sein Verhalten der Anfechtung gegenüber schlüssig werden kann[7]). Danach erscheint der Widerruf z. B. in der Form, daß die Behörde nur die Weiterbeschäftigung des betreffenden Beamten verbietet und die Gehaltszahlung an ihn einstellt, unzulässig.

Ausnahmsweise erscheint die Anfechtung auch noch auf einem anderen Wege möglich, und dieser ist gerade für die Anfechtung der Beamtenanstellung nicht ohne Bedeutung. Ist nämlich, wie in obigem Beispiel, eine ausdrückliche Anfechtung nicht erfolgt und klagt der

---

[4]) Kormann, Annalen 1912, S. 49 ff.

[5]) Kormann, System, S. 329.

[6]) Vgl. die erschöpfenden Angaben über Schrifttum und Rechtsprechung bei Brand, Beamtenrecht, S. 58 f.

[7]) Neuhäuser, a. a. O. S. 96.

Beamte dann vor dem ordentlichen Gericht gegen den Fiskus auf Fortzahlung des Gehalts, so kann der Vertreter des Fiskus im Prozeß den rechtsvernichtenden Einwand der Anfechtung wegen Täuschung erheben[8]).

2. Frist.

Eine weitere Frage, die mit dem Vollzug der Anfechtung zusammenhängt, ist die, innerhalb welcher Frist die Behörde die Anfechtung erklären muß. Man wird sich der Meinung Vogels[9]) anschließen können, der eine angemessene Frist seit Entdeckung der Täuschung verlangt. Auf diese Weise können am besten Besonderheiten des Einzelfalls berücksichtigt werden. Das wäre nicht immer möglich, wenn man unter entsprechender Anwendung des § 124 BGB. stets die Frist von einem Jahre setzen würde. Eine Ausschlußfrist von 30 Jahren, wie sie § 124 BGB. neben der einjährigen Frist kennt, auch für das öffentliche Recht anzunehmen, dürfte sich in Anbetracht der eben getroffenen Regelung wohl erübrigen[10]). Zu weit geht u. E. Kormann, der die Selbstanfechtung zeitlich überhaupt nicht begrenzen will[11]).

3. Zuständigkeit.

Weiter haben wir festzustellen, welche Behörde für die Anfechtung zuständig ist. Im Schrifttum herrscht Einstimmigkeit darüber, daß zum Widerruf und damit auch zur Anfechtung zunächst diejenige Behörde berechtigt ist, die den fehlerhaften Verwaltungsakt erlassen hat[12]). Daneben ist aber auch der übergeordneten Behörde ein Anfechtungsrecht zuzuerkennen[13]). Es ist dies ein Ausfluß der allgemeinen Aufsichtsgewalt, welche die Oberbehörde über die ihr nachgeordneten Behörden gemäß § 50, Abs. 3 des Gesetzes über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. Juli 1883 (Gesetzsammlung S. 195) ausübt. In diesem Falle stellt sich die Anfechtung allerdings nicht mehr als Zurücknahme, sondern als Aufhebung dar, da die Oberbehörde den Akt nicht selbst erlassen hat[14]). Zu betonen ist aber, daß das An-

---

[8]) Brand, a. a. O. S. 68; Neuhäuser, a. a. O. S. 93 oben.
[9]) Vogels, im Verw.-Arch. Bd. 27, S. 263.
[10]) Neuhäuser, a. a. O. S. 97.
[11]) Kormann, Annalen 1912, S. 49.
[12]) Fleiner, a. a. O. S. 196 u. Kormann, Annalen 1912, S. 48.
[13]) O. Mayer, a. a. O. Bd. I, S. 256; Kormann, System, S. 308.
[14]) Kormann, Annalen 1912, S. 50.

fechtungsrecht der Oberbehörde niemals weiter geht als das der untergeordneten Behörde[15]).

Für die Zuständigkeit zur Anfechtung der Beamtenanstellung bedürfen diese allgemein gefaßten Sätze jedoch einer Ergänzung. Die Anstellung und Entlassung der Reichsbeamten erfolgt gemäß Art. 46 Satz 1 RV. durch den Reichspräsidenten, der aber nach Satz 2 desselben Artikels dieses Ernennungs- und Entlassungsrecht durch andere Behörden ausüben lassen kann. Soweit nun der Reichspräsident das Ernennungsrecht selbst ausübt, ist er selbstverständlich auch zum Widerruf der Ernennung berechtigt. Diese Befugnis steht ihm auch dann zu, wenn er das Ernennungsrecht an andere Behörden delegiert hat, es sei denn, daß er das Recht zum Widerruf ausdrücklich mitübertragen hat. Ähnlich sind die Verhältnisse in Preußen. Dem Reichspräsidenten als oberstem Anstellungsorgan entspricht hier das Staatsministerium (Art. 52 Pr. V.). Obwohl nun eine dem Art. 46 Satz 2 RV. entsprechende Bestimmung in der preußischen Verfassung fehlt, so ist doch auch das preußische Staatsministerium zu der Übertragung des Ernennungsrechts befugt. Wie nämlich die Verhandlungen der Landesversammlung über Art. 52 zeigen[16]), hielt man damals in Preußen eine Festlegung dieses Rechts in der Verfassung nicht für nötig, sondern begnügte sich mit der bloßen Feststellung, daß die Übertragung des Ernennungsrechts auf die Einzelminister und durch diese auf nachgeordnete Behörden zulässig sei. Aber auch hier bleibt das Staatsministerium trotz Delegation des Ernennungsrechts anfechtungsberechtigt, wenn es nicht auch das Recht zum Widerruf delegiert hat. Bei der Kommunalbeamtenanstellung können, da bei der Ernennung mehrere Behörden beteiligt sind, Zweifel in der Richtung entstehen, welche von diesen Behörden für die Anfechtung zuständig sei. Als Beispiel sei angeführt die Anstellung eines Bürgermeisters in einer Stadt von nicht mehr als 10 000 Einwohnern. Er wird gewählt von der Stadtverordnetenversammlung, und diese Wahl bedarf der Bestätigung durch den Regierungspräsidenten (§§ 31 Abs. 1 und 33 Abs. 1 Nr. 2 der Städteordnung für die sieben östlichen Provinzen vom 30. Mai 1853). Ist nun bei einer Amtserschleichung seitens des Bürgermeisters die Stadtverordnetenversammlung allein anfechtungsberechtigt oder bedarf es auch dazu der Mitwirkung des Regierungs-

[15]) Neuhäuser, a. a. O. S. 95.

[16]) Arndt, Pr. Verf. S. 96, ausführlich Huber, Pr. Verf. Anm. 2, zu Art. 52, S. 101.

präsidenten? Kormann[17]) beantwortet die Frage nach der Zuständigkeit zum Widerruf, wenn an dem Zustandekommen des fehlerhaften Verwaltungsakts eine andere Behörde als Nebenorgan beteiligt ist, dahin, daß die Umstände des Einzelfalles entscheidend sein sollen: Sind dieselben Gründe, die beim Erlaß des fehlerhaften Akts zu der Heranziehung des Nebenorgans geführt haben, auch noch beim Widerruf vorhanden, so wird man auch die Gültigkeit des Widerrufs von der Mitwirkung dieses Organs abhängig machen müssen. Nach unserer Auffassung genügt jedoch grundsätzlich die Anfechtung durch das Hauptorgan: Durch das Erfordernis der Bestätigung soll nämlich verhindert werden, daß ungeeignete Personen in kommunale Ämter gewählt werden; durch den Widerruf aber erreicht man gerade, daß Personen aus Ämtern entfernt werden, zu denen ihnen der Zugang verwehrt sein sollte; darum erübrigt sich hier eine Bestätigung. Danach würde in obigem Beispiel die Stadtverordnetenversammlung allein wirksam anfechten können.

4. Anfechtungsrecht oder Anfechtungspflicht.

Eine weitere Frage ist die, ob für die zuständige Behörde nur ein Anfechtungsrecht, nicht auch eine Anfechtungspflicht besteht[18]). Man könnte geneigt sein, ganz allgemein eine Anfechtungspflicht deswegen anzunehmen, weil eine Behörde die Interessen der Allgemeinheit wahrzunehmen hat und über diese nicht nach freiem Ermessen verfügen darf, während die anfechtungsberechtigte Privatperson bei der Anfechtung ihre eigenen Interessen vertritt und daher in ihrem Entschluß, ob sie anfechten will oder nicht, völlig frei sein kann. Doch widerspricht eine allgemeine Anfechtungspflicht dem Wesen der Anfechtung überhaupt, das gerade in der M ö g l i c h k e i t besteht, die Nichtigkeit einer Willenserklärung herbeizuführen. Man wird daher zu unterscheiden haben, ob durch den erschlichenen Verwaltungsakt ein Gesetz oder nur das pflichtgemäße Ermessen der Behörde verletzt wird. In letzterem Falle genügt es, wenn es im Ermessen der Behörde steht, ob sie anfechten will oder nicht. Im Falle einer Gesetzesverletzung aber muß eine behördliche Anfechtungs p f l i c h t angenommen werden, denn der in diesem Falle entstandene gesetzwidrige Zustand muß unbedingt beseitigt werden. Bei der Erschleichung der Beamtenanstellung ist daher die Behörde dann zur Anfechtung ver-

[17]) Kormann, System S. 353 f.

[18]) Neuhäuser, a. a. O. S. 97 ff.

pflichtet, wenn die Anstellung unter Umgehung gesetzlicher Vorschriften erlangt ist.

5. Verlust des Anfechtungsrechts durch Bestätigung?

Schließlich sei auch noch erörtert, ob das Anfechtungsrecht, ähnlich wie in § 144 BGB., durch Bestätigung verloren gehen kann. Das Reichsgericht[19]) bejaht diese Frage sogar in einem Falle, wo ein Beamter in einer Stellung belassen wird, die er auf gesetzwidrige Weise erlangt hat. Dieser Entscheidung können wir nicht zustimmen, da eine Behörde unter keinen Umständen zur Aufrechterhaltung eines gesetzwidrigen Zustandes beitragen darf. Die Bestätigung eines anfechtbaren Verwaltungsakts ist somit ausgeschlossen, soweit nach den obigen Ausführungen eine Anfechtungspflicht besteht. Man kann sie dagegen unbedenklich für zulässig erklären, wenn nur ein Anfechtungsrecht begründet ist und aus dem Verhalten der anfechtungsberechtigten Behörde nach allgemeiner Rechtsauffassung ein Verzicht auf das Anfechtungsrecht entnommen werden kann.

III. Nachprüfung der Rechtmäßigkeit der Ungültigkeitserklärung.

1. Die unmittelbare Nachprüfung.

Unsere bisherigen Untersuchungen haben ergeben, daß jede erschlichene Beamtenanstellung auf dem Wege der Anfechtung rückgängig gemacht werden kann. Wir haben nunmehr zu prüfen, ob der Betroffene gegen die Anfechtung irgendwelche Rechtsbehelfe hat, denn es ist denkbar, daß die Anfechtung mitunter einmal zu Unrecht erfolgt. Daher muß für den Betroffenen die Möglichkeit bestehen, den Anfechtungsakt von unparteiischer Seite auf seine Rechtsmäßigkeit nachprüfen zu lassen, gleichgültig, ob die Anfechtung im Wege des prozessualen Einwands oder außerhalb des Prozesses erfolgt.

Da fragt es sich zunächst, ob dem Betroffenen die Rechtsmittel des Verwaltungsrechts, die der Nachprüfung eines Verwaltungsakts durch die Verwaltungsgerichte dienen, zustehen. Das ist zu verneinen. Das Verwaltungsrecht kennt nicht den dem Zivilprozeßrecht eigenen Grundsatz, daß jeder Klage führen kann, der sich in seinem Recht ver-

[19]) RG. in JW. 1899, S. 201 (Ziff. 65) u. S. 735 (Ziff. 29); Neuhäuser, a. a. O. S. 99.

letzt fühlt; es wird vielmehr beherrscht von der sogenannten Enumerationsmethode, die in § 7 Abs. 2 LVG. verankert ist. Sie bedeutet, daß die Verwaltungsgerichte nur angerufen werden können, wenn das Gesetz dem Betroffenen ausdrücklich ein Rechtsmittel in die Hand gibt, wie z. B. in den §§ 127 ff. LVG. gegen Polizeiverfügungen. In unserem Falle aber fehlt eine solche Vorschrift. Da die Anfechtung im formlosen Verwaltungsverfahren ergeht, bleiben nur noch die wenig aussichtsreichen Rechtsbehelfe der Gegenvorstellung und der Dienstaufsichtsbeschwerde übrig. Die Gegenvorstellung ist als selbstverständlich im Gesetz nirgends hervorgehoben, die Zulässigkeit der Dienstaufsichtsbeschwerde folgt aus dem bereits früher erwähnten § 50 Abs. 3 LVG. Beide Rechtsbehelfe haben den Nachteil, daß die angegangene Behörde auf sie überhaupt nicht einzugehen braucht; tut sie es doch, so besteht die Gefahr, daß die Nachprüfung nicht immer objektiv erfolgt, da den Verwaltungsbehörden die richterliche Unabhängigkeit fehlt. Diese Möglichkeiten können uns nicht befriedigen. Wir müssen uns daher nach einem anderen Weg umsehen, der aussichtsreicher erscheint.

2. Die mittelbare Nachprüfung.

a) Der Betroffene war Beamter. Für die vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten aus ihrem Dienstverhältnis aber steht gemäß Art. 129 Abs. 1 Satz 4 RV. und Art. 79 Abs. 2 Pr. V. der ordentliche Rechtsweg offen. Für richterliche Beamte enthielt schon vorher § 9 GVG. dieselbe Bestimmung, ebenso für Reichsbeamte §§ 149 ff. des Reichsbeamtengesetzes und für die preußischen Staatsbeamten das auch jetzt noch gültige[1]) Gesetz, betreffend die Erweiterung des Rechtsweges vom 24. Mai 1861 (Gesetzsammlung S. 242). Ist der Widerruf der Anstellung erfolgt, so ist der ordentliche Rechtsweg nun nicht etwa deswegen unzulässig, weil der Betroffene zur Zeit der Erhebung der Klage nicht mehr Beamter ist; denn dies würde bedeuten, daß der besondere Schutz, den der ordentliche Rechtsweg gewährt, dem Beamten nur so lange zugute kommt, als das Dienstverhältnis besteht. Das kann unmöglich der Wille des Gesetzes sein; denn gerade nach der Entlassung werden vermögensrechtliche Streitigkeiten viel häufiger und das Schutzbedürfnis des Beamten wird viel größer sein[2]).

Durch die Klage im ordentlichen Rechtsweg könnte der Betroffene wenigstens eine mittelbare Nachprüfung der Rechtsmäßigkeit der An-

[1]) RGZ. Bd. 71, S. 234; OVG. Bd. 54, S. 284.
[2]) Brand, a. a. O. S. 396; RGZ. Bd. 108, S. 118.

fechtung durch eine unparteiische Behörde erreichen. Dann könnte nämlich das ordentliche Gericht auf Grund eigener Prüfung zu der Überzeugung kommen, daß der Anstellungsakt nicht fehlerhaft, die Anfechtung daher zu unrecht erfolgt sei, womit gleichzeitig festgestellt wäre, daß sich der Betroffene eine Täuschung der Behörde nicht hat zuschulden kommen lassen. In einem solchen Falle müßte das Gericht der Klage stattgeben und den Fiskus zur Fortzahlung des Gehalts verurteilen, wodurch auch die vermögensrechtlichen Folgen der Anfechtung für den Betroffenen beseitigt wären. Dieser Weg könnte also in der Tat zum Ziel führen, allerdings nur unter der Voraussetzung, daß das ordentliche Gericht selbständig die Gültigkeit der Anstellung nachprüfen darf. Das erscheint deshalb zweifelhaft, weil dadurch die Justiz hinübergreifen würde in den Zuständigkeitsbereich der Verwaltung; doch kann unter Umständen ein solcher Übergriff zulässig sein. Es ist daher im folgenden zu untersuchen, ob dies auch für den vorliegenden Fall zutrifft.

b) Wie oben festgestellt, hängt der Ausgang der Gehaltsklage davon ab, welche Stellung das Gericht gegenüber der Gültigkeit der Anstellung einnimmt. Diese Frage, die an sich der Beurteilung der Verwaltungsbehörde unterliegt, bildet also eine Vorfrage für die Entscheidung über den Streitgegenstand selbst[3]). „Jedes Ressort aber hat das Recht, über alle für seine Entscheidung erheblichen Vorfragen inzidenter zu entscheiden, selbst wenn diese Vorfragen einem anderen Ressort angehören[4])." Auch das Reichsgericht nimmt das Recht der Prüfung verwaltungsrechtlicher Vorfragen für die Gerichte in Anspruch[5]), und ebenso hat das preußische Oberverwaltungsgericht das Prüfungsrecht der Verwaltungsbehörden in Bezug auf Vorfragen aus dem Privatrecht ausgesprochen[6]). Dieser Grundsatz erklärt sich daraus, daß das Gericht, wenn nun einmal der ordentliche Rechtsweg zulässig ist, die Möglichkeit haben muß, zu einer sachlich richtigen Entscheidung zu gelangen. Dazu gehört aber, daß das Gericht alle Vorfragen, auch die dem öffentlichen Recht angehörenden, nach Maßgabe der Gesetze selbst beurteilt. Auch würden die Vorteile, die der ordentliche Rechtsweg dem Kläger (bzw. Beklagten) bietet, zu einem großen Teil zunichte gemacht werden, wenn das Gericht an die Entscheidungen der Verwaltungsbehörden über die für den Ausgang des

[3]) Vgl. Brand, a. a. O. S. 406 unten.
[4]) Hatschek, a. a. O. S. 15; ähnlich O. Mayer, a. a. O. Bd. I, S. 178.
[5]) RGZ. Bd. 41, S. 272.
[6]) OVG. Bd. 33, S. 215.

Rechtsstreits meist sehr wichtigen Vorfragen gebunden wäre[7]). Hervorzuheben ist jedoch, daß die Entscheidung über die Vorfrage nur inzidenter erfolgt, d. h. die Rechtskraft ergreift nur den in der Klage bezeichneten Gegenstand, nicht auch die Vorfrage (vgl. auch § 322 Abs. 1 ZPO.). Die Beurteilung der Vorfrage bildet „lediglich ein Element für die Findung des Urteils über die Hauptfrage"[8]). Rechtskräftig entschieden werden kann nur über den Streitgegenstand selbst. Und doch vermag uns dieser Grundsatz der Inzidententscheidung von Vorfragen des anderen Ressorts durch das Ressort, das mit der Hauptsache befaßt ist, im vorliegenden Falle nicht zu helfen.

c) *α*) Ausnahmsweise kann es vorkommen, daß das eine Ressort auch bei der Beurteilung von Vorfragen an die Feststellungen des anderen Ressorts gebunden ist. Dann sind die Gründe, welche die Verwaltungsbehörde zu ihrer Entscheidung veranlaßt haben, für das Gericht verbindlich; dieses muß sich die Auffassung der Verwaltungsbehörde über den betreffenden Tatbestand zu eigen machen[9]). Hatschek spricht in diesen Fällen zutreffend von einer Feststellungswirkung[10]), denn die Feststellungen des einen Ressorts wirken hinüber in das andere.

β) Die Anfechtung der Beamtenanstellung ist nun tatsächlich ein Akt, der Feststellungswirkung äußert. Dadurch, daß die Verwaltungsbehörde die Anfechtung erklärt, trifft sie ihrerseits Feststellungen über die Gültigkeit der Anstellung, und zwar des Inhalts, daß alle Rechte (und Pflichten), die der Anstellungsakt begründet hat, ohne weiteres beseitigt sein sollen. Somit wirkt die Anfechtung unmittelbar rechtsvernichtend wie die Gestaltungsurteile des Zivilprozesses, die je nach Lage des Falles unmittelbar rechtsbegründend oder rechtsvernichtend wirken. Man kann sie daher auch als rechtsgestaltende Verwaltungsakte bezeichnen. Alle Gestaltungsakte aber müssen inter omnes wirken, d. h. sie müssen nicht nur für die Behörden desselben Ressorts, sondern für alle öffentlichen Behörden verbindlich sein[11]), so daß auch in unserem Falle das Gericht an die Feststellungen der Verwaltungsbehörde über die Gültigkeit der Anstellung gebunden ist. Zu dieser Erkenntnis führt eine gerade bei der Beamtenanstellung

---

[7]) So insbesondere KG. in DJZ. 1903, S. 371 oben links.
[8]) Fleiner, a. a. O. S. 22; ähnlich auch W. Jellinek, a. a. O. S. 46.
[9]) Hatschek, a. a. O. S. 25.
[10]) Hatschek, a. a. O. S. 16 u. 29 f.
[11]) Hatschek, a. a. O. S. 30.

sehr einleuchtende Überlegung. Wird die Anstellung eines Beamten seitens der Verwaltungsbehörde angefochten, so erlischt dadurch nach öffentlichem Recht das Dienstverhältnis. Klagt nun der entlassene Beamte auf Fortzahlung seines Gehalts und wäre der Zivilrichter berechtigt, selbständig die Gültigkeit der Anstellung nachzuprüfen, so könnte er unter Umständen entscheiden, die Anstellung sei gültig, die Anfechtung sei zu unrecht erfolgt, mithin bestehe das Dienstverhältnis fort. Auf diese Weise kämen wir zu dem unerfreulichen Ergebnis, daß jemand nach bürgerlichem Recht noch Beamter sein kann, während er nach öffentlichem Recht seine Beamteneigenschaft bereits verloren hat. Sehr richtig bemerkt dazu Kormann[12]): „In Wahrheit kann jemand entweder nur Beamter sein oder er kann es nicht sein, und nur im ersteren Fall kann ihm der Zivilrichter Beamtengehalt zusprechen." Ist das Beamtendienstverhältnis durch Anfechtung erloschen, so kann es von keiner anderen Behörde, auch nicht von dem Gericht, als bestehend angesehen werden. Danach bleibt dem Gericht nichts anderes übrig, als die Gehaltsklage, sobald die Verwaltungsbehörde die Anfechtung der Anstellung erklärt hat, abzuweisen. Daher kommt auch die Bestimmung des § 148 ZPO., die an sich die Aufgabe hat, widersprechende Entscheidungen zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden zu verhüten, in diesem Zusammenhang gar nicht in Betracht.

γ) Demgegenüber nimmt die richterliche Praxis[13]) durchweg das Recht für sich in Anspruch, die Gültigkeit der Anstellung selbständig nachzuprüfen, es sei denn, daß das Gesetz ausdrücklich eine Feststellungswirkung für die Entscheidung der Verwaltungsbehörde anordnet. Letzteres ist z. B. der Fall in dem § 5 des schon früher erwähnten preußischen Gesetzes vom 24. Mai 1861, der fast wörtlich in das Reichsbeamtengesetz (§ 155) übergegangen ist. Danach sollen u. a. die Entscheidungen der Disziplinar- und Verwaltungsbehörden darüber, ob und von welchem Zeitpunkt ab ein Beamter aus seinem Amt zu entfernen sei, für die Beurteilung der vor dem Gericht geltend gemachten vermögensrechtlichen Ansprüche maßgebend sein. Das ist nichts anderes als die sogenannte Feststellungswirkung. Das Reichsgericht hält jedoch in ständiger Rechtsprechung daran fest, daß unter „Entfernung aus dem Amt" lediglich die Entlassung als Dienststrafe zu verstehen sei, die von den Dienststrafgerichten (oder in Ausnahmefällen von den Verwaltungsbehörden) ausgesprochen werde[14]). Nach

[12]) Kormann, System, S. 225.
[13]) Vgl. RGZ. Bd. 83, S. 431.
[14]) Brand, a. a. O. S. 406.

dieser Ansicht fällt die Entlassung in Form des Widerrufs der Anstellung nicht unter § 5 des angeführten Gesetzes. Insoweit wird man dem Reichsgericht beistimmen können; denn sowohl das Gesetz vom 24. Mai 1861 wie auch das Reichsbeamtengesetz wird sicher nur eine Entlassung im Wege des Dienststrafverfahrens im Auge gehabt haben. Der weitere Schluß aber, den das Reichsgericht hieraus zieht, nämlich, daß in den Fällen, die von § 5 1. c. nicht getroffen werden, die Gerichte die Entlassungsverfügung nachprüfen könnten, ist abzulehnen. Diese Ansicht ist, wenn man alle praktischen Gesichtspunkte ausschaltet, mit den Grundsätzen, welche die Wissenschaft über die Trennung von Justiz und Verwaltung ausgebildet hat, unvereinbar[15]).

δ) Und doch wird man sich mit der Tatsache, daß in der Praxis die Gerichte, der höchstrichterlichen Rechtsprechung folgend, das Prüfungsrecht allgemein in Anspruch nehmen, nicht nur abfinden müssen, sondern auch vorläufig abfinden können. Wir folgen dabei den Ausführungen Kormanns[16]). Dieser verneint das in Frage stehende richterliche Prüfungsrecht ebenfalls aus Gründen der Rechtswissenschaft, bejaht es aber bis auf weiteres aus Gründen der Rechtspolitik. Er weist darauf hin, daß die Erklärung für das zu weitgehende Eingreifen der Zivilgerichte in die Gebiete des öffentlichen Rechts vielfach in dem Bedürfnis nach Rechtsschutz zu suchen sei; denn diesem Bedürfnis könne die Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht genügend Rechnung tragen, da sie noch zu wenig ausgebaut sei. Erst wenn dies geschehen sei, werde man die Zivilgerichte in ihre Schranken zurückweisen können. Diese Erwägungen Kormanns treffen auch für unseren Fall zu. Wie wir gesehen haben, ist die Möglichkeit für den betroffenen Beamten, eine unparteiische Entscheidung über die Rechtsmäßigkeit der Anfechtung zu erreichen, außerordentlich gering. Eine solche Entscheidung ist aber sowohl im Interesse des Betroffenen als auch im Interesse der allgemeinen Rechtssicherheit durchaus wünschenswert. Diesem Erfordernis trägt die Praxis der Gerichte Rechnung, so daß man sich mit ihr vorläufig einverstanden erklären kann. Man muß sich aber stets bewußt bleiben, daß damit nicht etwa ein richterliches Prüfungsrecht hinsichtlich der rechtsgestaltenden Verwaltungsakte anerkannt wird, sondern, daß die Zuständigkeit der Zivilgerichte in dieser Hinsicht nur ein Notbehelf aus Gründen der Zweckmäßigkeit ist, der nur solange seine Berechtigung hat, als ein verwaltungsgerichtlicher Schutz fehlt.

[15]) Kormann, a. a. O. S. 226.
[16]) Kormann, a. a. O. S. 227.

3. Nachprüfung durch Einleitung des Dienststrafverfahrens gegen sich selbst.

Ein letztes Mittel, eine unparteiische Nachprüfung herbeizuführen, könnte man vielleicht darin erblicken, daß der Betroffene die Einleitung eines Dienststrafverfahrens gegen sich selbst beantragt. Nun ist aber ein Dienststrafverfahren gegen sich selbst erklärlicherweise nur dann zulässig, wenn die Voraussetzungen für die Einleitung eines Dienststrafverfahrens überhaupt gegeben sind. Wir haben aber bereits im Teil A unserer Untersuchung festgestellt, daß die Amtserschleichung nur ausnahmsweise eine solche Voraussetzung darstellt, nämlich nur dann, wenn sie in einem früheren Amt begangen ist. Daher könnte auch nur in diesem Falle das Dienststrafverfahren gegen sich selbst als Schutz gegen die Anfechtung in Frage kommen. Ob dieser Schutz jedoch wirksam wird, ist deswegen zweifelhaft, weil auch die Dienststrafgerichte an die Anfechtung seitens der Verwaltungsbehörde gebunden sind; denn als Gestaltungsakt wirkt die Anfechtung auch in den Bereich der Dienststrafgerichte hinüber. Es ist allerdings sehr wahrscheinlich, daß auch die Dienststrafgerichte, den ordentlichen Gerichten folgend, eine Bindung an die rechtsgestaltenden Verwaltungsakte ablehnen und auf Grund eigener Erhebungen selbständig darüber entscheiden werden, ob tatsächlich eine Amtserschleichung vorliegt, welche die Entfernung des Beamten aus dem Amt gerechtfertigt erscheinen läßt.

IV. Wirkung der Ungültigkeitserklärung.

1. Die Wirkung auf das Verhältnis zwischen dem Beamten und seinem Dienstherrn.

a) Der Bereicherungsanspruch des Dienstherrn.

α) In dem letzten Teil unserer Untersuchung müssen wir uns nun noch mit der Frage beschäftigen, welche Wirkung der Anfechtung der Beamtenanstellung zukommt. Wir haben bisher nur festgestellt, daß das Dienstverhältnis infolge der Anfechtung unwirksam wird, aber noch offen gelassen, ob die Unwirksamkeit erst im Zeitpunkt der Erklärung der Anfechtung eintritt oder ob sie auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurückwirkt. In ersterem Falle sprechen wir von der Wirkung ex nunc, in letzterem Falle von der Wirkung ex tunc. Bei Beantwortung der Frage wird es sich empfehlen, zwischen

der Wirkung, welche die Anfechtung im Verhältnis der Parteien zueinander hat, und derjenigen, die sie Dritten gegenüber äußert, zu unterscheiden. Schon das Privatrecht macht diesen Unterschied; denn nach § 142 Abs. 1 BGB. hat die Anfechtung zwar im allgemeinen rückwirkende Kraft, doch folgt aus § 142 Abs. 2, daß gutgläubige Dritte für die Zeit bis zur Erklärung der Anfechtung geschützt werden.

Wie stellen sich nun Schrifttum und Rechtsprechung zur Frage der Rückwirkung der Anfechtung? Das Reichsgericht läßt sie in dem bekannten Urteil vom 3. Januar 1914 unbeantwortet. Im Schrifttum hat sich Walter Jellinek[1]) sehr eingehend mit ihr beschäftigt, ohne allerdings den oben angedeuteten Unterschied zu machen. Er teilt die Staatsakte hinsichtlich der Rückwirkung ihres Widerrufs und damit auch ihrer Anfechtung aus Gründen der Logik ein in „vernichtbare" und „zurücknehmbare"[2]). Bei den vernichtbaren Staatsakten habe der Widerruf die Wirkung, daß diese Akte als überhaupt nicht vorhanden anzusehen seien. Sie würden „von Grund aus" beseitigt. Das ist nichts anderes als die Wirkung ex tunc. Im Gegensatz dazu kann nach Jellinek bei den nur zurücknehmbaren Staatsakten die frühere Wirksamkeit durch den Widerruf nicht beseitigt werden. Hier wirkt der Widerruf also nur ex nunc. Für vernichtbar erklärt Jellinek die Urteile, für zurücknehmbar die Handlungen; denn die Urteile könnten von Anfang an immer nur richtig oder falsch gewesen sein, die Handlungen aber könnten, wenn sie erst einmal einen Erfolg, d. h. eine Veränderung in der Außenwelt herbeigeführt hätten, durch eine Erklärung der Staatsgewalt nicht ungeschehen gemacht werden, nur ihre Wirkung für die Zukunft ließe sich beseitigen. „Staatliche Handlung" bedeutet in der Ausdrucksweise Jellineks alle staatliche Tätigkeit, die nicht im Erlaß von Urteilen oder in der Entgegennahme von Erklärungen besteht[3]). Die von ihm sogenannten staatlichen Handlungen teilt Jellinek weiter ein in Taten, Befehle und Rechtsgeschäfte[4]). Hinsichtlich der Rückwirkung der Anfechtung ist bei den „Taten" den Ausführungen Jellineks beizustimmen, da diese eben nur in rein tatsächlichen Veränderungen der Außenwelt bestehen. Eine tatsächliche Veränderung kann wohl beseitigt werden, aber nie mit rückwirkender Kraft; denn daran, daß die Veränderung einmal, wenn auch nur ganz kurze Zeit

---

[1]) W. Jellinek, a. a. O. S. 145 ff.
[2]) W. Jellinek, a. a. O. S. 52 f.
[3]) W. Jellinek, a. a. O. S. 18 u. 16.
[4]) W. Jellinek, a. a. O. S. 19 f.

bestanden hat, läßt sich nichts ändern[5]). Diese Erwägungen treffen aber nicht mehr zu bei der Anfechtung von „Befehlen" und „Rechtsgeschäften". Diese erzeugen in erster Linie Rechtswirkungen, wenn sie auch dadurch mittelbar tatsächliche Veränderungen in der Außenwelt herbeiführen können. Der Annahme aber, daß Rechtswirkungen mit rückwirkender Kraft beseitigt werden können, steht logisch nichts entgegen[6]). So läßt sich z. B. nichts dagegen einwenden, daß das Eigentum an einer Sache als nie übergegangen gilt, wenn die Einigung wirksam angefochten ist, obwohl sich die Tatsache, daß ein anderer die Sache eine Zeitlang im Besitz gehabt hat, nicht mit rückwirkender Kraft beseitigen läßt. Gründe der Logik hindern uns also nicht, auch der Anfechtung der Anstellung rückwirkende Kraft beizumessen. — Nach Kormann[7]) kommt es darauf an, ob der betreffende Verwaltungsakt wegen Gesetzwidrigkeit oder wegen Zweckwidrigkeit anfechtbar ist: Verstößt er gegen die Gesetze, so läßt Kormann die Anfechtung ex tunc wirken; verletzt er nur das durch Zweckmäßigkeitserwägungen bestimmte Ermessen der Behörde, so läßt er sie nur ex nunc wirken. Er begründet diese Ansicht damit, daß die Annahme der rückwirkenden Kraft dem Wesen der Anfechtung wegen Gesetzwidrigkeit am meisten entspreche. Trotzdem ist nicht einzusehen, warum bei Zweckwidrigkeit die Rückwirkung ausgeschlossen sein soll, zumal wir hier immer nur allgemeine Grundsätze aufstellen, die sofort zurücktreten, wenn besondere Umstände des Einzelfalls etwas anderes verlangen.

Nach unserer Auffassung muß man der Anfechtung im Verhältnis der Parteien zueinander rückwirkende Kraft zusprechen, und zwar auf Grund folgender Erwägungen. Wie wir bereits an früherer Stelle[8]) hervorgehoben haben, ist Anfechtbarkeit der Wirkung nach dasselbe wie Nichtigkeit; der Unterschied liegt nur in der Art der Geltendmachung. Während im Falle der Nichtigkeit das Rechtsgeschäft ipso jure, also ohne Rücksicht auf den Willen der Beteiligten nichtig wird, liegt es im Falle der Anfechtbarkeit im freien Willen des Anfechtungsberechtigten, dieselbe Wirkung herbeizuführen. Auch kann man mit Neuhäuser[9]) die Notwendigkeit der Ex-tunc-Wirkung aus dem Tatbestand der Täuschung herleiten. Die schuldhafte Irreführung der öffentlichen Gewalt, die in der Erschleichung liegt, ist eine so schwere

[5]) Vgl. die Beispiele bei W. Jellinek, a. a. O. S. 146.
[6]) So auch Kormann, System, S. 316.
[7]) Kormann, a. a. O. S. 315.
[8]) Siehe oben S. 27.
[9]) Neuhäuser, a. a. O. S. 103 oben.

Rechtsverletzung, daß ihre Folgen „restlos durch einen contrarius actus ausgeräumt" werden müssen.

Unsere Auffassung findet eine weitere Stütze in zwei sehr wichtigen, von uns bereits in anderem Zusammenhang erwähnten Gesetzen. Zunächst im Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, das in § 32 für den Fall, daß eine gerichtliche Verfügung[10]) aufgehoben wird, ausdrücklich bestimmt, daß die Aufhebung auf Rechtsgeschäfte gegenüber Dritten nicht zurückwirkt. Daraus ist zu entnehmen, daß das Gesetz im allgemeinen der Aufhebung rückwirkende Kraft beimißt und diese nur in bezug auf Rechtsgeschäfte gegenüber Dritten ausgeschlossen wissen will[11]). Ferner hat nach § 78 Abs. 2 der Reichsabgabenordnung die Zurücknahme steuerrechtlicher Verfügungen rückwirkende Kraft. Dieser Bestimmung darf man eine weit über das Steuerrecht hinausgehende Bedeutung zusprechen[12]); sie ist der Niederschlag der allgemeinen Rechtsanschauung, daß Leute, die sich auf Kosten der Allgemeinheit Vorteile erschlichen haben, diese soweit wie irgend möglich wieder einbüßen sollen.

Eine Ausnahme von der rückwirkenden Kraft der Täuschungsanfechtung wird man allerdings bei fahrlässiger Täuschung[13]) machen müssen. Wenn diese auch den Erschleichungsbestand erfüllt und daher zur Anfechtung berechtigt, so erscheint es doch angebracht, sich in diesem Falle mit der Ex-nunc-Wirkung zu begnügen, indem man auf diese Weise dem geringen Verschulden Rechnung trägt[14]).

β) Durch die Rückwirkung der Anfechtung soll nun die Rechtslage hergestellt werden, die ohne das angefochtene Rechtsgeschäft bestanden hätte. Die Beteiligten müssen also im Falle der Amtserschleichung so gestellt werden, wie sie dastehen würden, wenn das Beamtendienstverhältnis nie zur Entstehung gelangt wäre. Daraus ergibt sich zunächst, daß nicht nur der Betroffene seinen Gehalts- und Ruhegehaltsanspruch verliert, sondern, daß auch der Staat das an den Beamten bereits gezahlte Gehalt von diesem zurückverlangen kann.

Die Rückforderung des Staates stellt sich dar als ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung; denn der Betroffene hat das Gehalt ohne rechtlichen Grund erlangt, weil eine Verpflichtung des Staates zur Leistung nicht bestanden hat. Der Grund, aus dem der Staat zur Ge-

[10]) Lent, Freiwillige Gerichtsbarkeit, S. 12.
[11]) Kormann, a. a. O. S. 315; Hartmann, Annalen 1917, S. 787.
[12]) Neuhäuser, a. a. O. S. 103, unter b.
[13]) Vgl. oben S. 32.
[14]) Vgl. Neuhäuser, a. a. O. S. 104.

haltszahlung nicht verpflichtet gewesen ist, nämlich die Fehlerhaftigkeit des Anstellungsakts, gehört aber dem öffentlichen Recht an. Daher ist auch der Bereicherungsanspruch, der sich auf die Nichtverpflichtung zur Leistung gründet, öffentlichrechtlicher Natur[15]). Dies ergibt sich auch daraus, daß man den Rückforderungsanspruch nicht anders behandeln kann als den Hauptanspruch, dessen Kehrseite er ist[16]). Der Hauptanspruch aber, nämlich der Gehaltsanspruch des Beamten, wird jetzt allgemein als öffentlichrechtlicher Anspruch aufgefaßt[17]). Und das mit Recht; denn er hat seinen Grund in den Normen des öffentlichen Rechts[18]) und ist nicht, wie das privatrechtliche Entgelt für Dienstleistungen, in erster Linie eine Lohnforderung, sondern ein Anspruch auf „eine mit der Verwaltung eines Amtes verbundene Rente, mittels deren der Staat den Beamten alimentiert"[19]). Die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs spricht nicht gegen diese Auffassung, denn man darf nicht Ansprüche, die im ordentlichen Rechtsweg klagbar sind, gleichsetzen mit zivilrechtlichen[20]).

Nun hat allerdings die Bereicherung bisher nur im BGB. eine gesetzliche Regelung erfahren. Man könnte daher meinen, sie sei ein nur dem Privatrecht angehörendes Rechtsinstitut. Das trifft aber nicht zu. Wir können aus der öffentlichen Rechtsordnung als solcher entnehmen, daß dieses Institut auch im öffentlichen Recht vorhanden sein muß. Der Grundgedanke der ungerechtfertigten Bereicherung, nämlich, daß man von einem anderen zurückfordern kann, was dieser zwar formell zu Recht, materiell aber ungerechtfertigt erlangt hat[21]), entspricht so sehr der allgemeinen Rechtsüberzeugung, daß er jeder Rechtsordnung innewohnen muß. Es ist nicht einzusehen, warum dieser Gedanke nicht auch im Bereich des öffentlichen Rechts Geltung haben soll, zumal der Verkehr zwischen dem Staat und seinen Bürgern im Zeitalter des Rechtsstaats in weitestem Maße an Rechtssätze gebunden sein soll[22]). Aus dem öffentlichen Recht selbst folgt also das

---

[15]) R. v. Mayr, Der Bereicherungsanspruch d. deutsch. bürgerl. Rechts, S. 61.
[16]) R. v. Mayr, S. 62.
[17]) a. M. Rehm, Annalen 1885, S. 194.
[18]) Brand, a. a. O. S. 392.
[19]) Laband, a. a. O. Bd. I, S. 500; Georg Jellinek, System d. subjekt. öff. Rechte, S. 181 f.; ähnlich Brand, a. a. O. S. 100; a. M. O. Mayer, a. a. O. Bd. 2, S. 204.
[20]) Laband, a. a. O. Bd. I, S. 513.
[21]) Staudinger, a. a. O. Vorbem. 2 zu §§ 812 ff., Bd. II, 2, S. 1642.
[22]) v. Gehe, „Zur Frage der Anwendung der sog. Privatrechtstitel i. öff. Recht", in Fischers Zeitschr. Bd. 34, S. 159.

Bestehen des öffentlichrechtlichen Bereicherungsanspruchs, wenn auch in Form eines unausgesprochenen Rechtsgedankens. Für die nähere Ausgestaltung dieses Rechtssatzes fehlen uns jedoch jegliche Anhaltspunkte. Unter diesen Umständen erscheint es nun weniger bedenklich, das Privatrecht zur Ergänzung heranzuziehen. Da die ungerechtfertigte Bereicherung einen Grundgedanken jeder Rechtsordnung, also auch des Privatrechts, darstellt, ist sie eine dem Privat- und öffentlichen Recht gemeinsame Rechtsform[23]). Wenn letzteres von v. Gehe[24]) geleugnet wird, so liegt das daran, daß Gehe den Begriff „gemeinsame Rechtsform" viel enger faßt als wir; daß der Grundgedanke der Bereicherung im Privatrecht und im öffentlichen Recht derselbe ist, gibt auch er zu. Das Privatrecht hat, wie die §§ 812 ff. BGB. zeigen, den privatrechtlichen Bereicherungsanspruch eingehend geregelt. Das öffentliche Recht liefert uns aber nicht das nötige Material, um Sätze für die selbständige Ausgestaltung der öffentlichrechtlichen Bereicherung zu gewinnen. Man kann sich daher in diesem Falle mit der entsprechenden Anwendung der §§ 812 ff. BGB. helfen[25]). Dazu kommt, daß gerade bei vermögensrechtlichen Ansprüchen — und ein solcher ist auch stets der öffentlichrechtliche Bereicherungsanspruch — die entsprechende Anwendung des Privatrechts am ehesten mit den Grundsätzen des öffentlichen Rechts vereinbar erscheint. R. v. Mayr[26]) lehnt allerdings die Heranziehung der §§ 812 ff. BGB. im öffentlichen Recht ab, und zwar — was selten vorkommen dürfte — vom Standpunkt des Zivilrechtlers aus, ohne es jedoch überzeugend zu begründen.

Bei entsprechender Anwendung der §§ 812 ff. BGB. haben wir nun zunächst zu prüfen, ob sich der Beamte dem Rückforderungsanspruch des Staates gegenüber auf den Wegfall der Bereicherung berufen kann (§ 813 Abs. 3). Das wäre an sich denkbar. Der betroffene Beamte könnte gerade mit Rücksicht auf den Empfang des Gehalts Ausgaben gemacht haben, zu denen er sich sonst nicht entschlossen hätte[27]). Aber selbst wenn dies zutreffen sollte, kann jedenfalls bei vorsätzlicher Täuschung der Wegfall der Bereicherung nicht geltend gemacht werden; denn dann wußte der Beamte bereits bei Empfang des Gehalts, daß ihm dieses nicht zustand, er kannte also den Mangel des recht-

---

[23]) Fleiner, a. a. O. S. 59.

[24]) v. Gehe, a. a. O. S. 163.

[25]) Neuhäuser, a. a. O. S. 9 unter Ziff. 4.

[26]) R. v. Mayr, a. a. O. S. 64 f.

[27]) Bucerius, Pr. Verw.-Bl. Bd. 39, S. 251.

lichen Grundes (§§ 819 Abs. 1 und 818 Abs. 4). Handelt es sich ausnahmsweise um fahrlässige Täuschung, dann könnte die Einrede aus § 818 Abs. 3 wenigstens für die Zeit Platz greifen, in der dem Betroffenen der Mangel des rechtlichen Grundes nicht bekannt war, da in § 819 Abs. 1 nur von Kenntnis des Mangels die Rede ist, nicht auch von Kennenmüssen.

γ) Da die Rückforderung des Gehalts sich als vermögensrechtlicher Anspruch aus dem Dienstverhältnis darstellt, liegt es nahe, auch hier den ordentlichen Rechtsweg für gegeben anzusehen. Allerdings ist dann der Beamte nicht Kläger, sondern Beklagter. Es ist aber anzunehmen, daß die Vorschriften über die Zulässigkeit des Rechtswegs auch für diesen Fall gelten. Zwar könnte ihr Wortlaut Zweifel aufkommen lassen (vgl. z. B. Art. 129 Abs. 1 RV.: „Für die vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten steht der Rechtsweg offen."); doch ist von dem Grundgedanken des Gesetzes auszugehen, der darin besteht, daß auf dem Gebiet der vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten aus ihrem Dienstverhältnis eine einheitliche Rechtsprechung gewährleistet werden soll. Das ist aus § 71 Abs. 3 GVG. in Verbindung mit Art. 39 des Preuß. Ausführungsgesetzes zum GVG. zu entnehmen, wonach für die genannten Ansprüche die ausschließliche Zuständigkeit des Landgerichts ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes begründet ist. Dadurch wird bewirkt, daß diese Ansprüche an das Reichsgericht gelangen können (§§ 119 Nr. 1 und 133 Nr. 1 GVG.). Das Reichsgericht kann aber eine einheitliche Rechtsprechung nur dann erzielen, wenn sich seine Zuständigkeit auf a l l e vermögensrechtlichen Ansprüche erstreckt, die ihre Grundlage in dem Beamtendienstverhältnis haben. Außerdem wäre es unbillig, dem Beamten als Beklagten den Schutz zu verweigern, den er als Kläger genießt. Aus diesen Gründen kann die Zulässigkeit des Rechtswegs nicht davon abhängen, ob der Beamte Kläger oder Beklagter ist[28]).

Auch bei der Beurteilung dieser Klage wird sich der Zivilrichter an die Anfechtung nicht für gebunden erachten, sondern, der bisherigen Praxis folgend, das Recht in Anspruch nehmen, die Gültigkeit der Anstellung selbständig nachzuprüfen; denn sie bildet die Grundlage auch des Rückforderungsanspruchs und ist in dem Rechtsstreit über die Fortzahlung des Gehalts in ihrer Eigenschaft als Vorfrage von der Rechtskraft des Urteils nicht erfaßt worden. Unsere früheren Ausführungen über das richterliche Prüfungsrecht gelten auch hier.

---

[28]) Brand, a. a. O. S. 395 unten.

b) Der Gegenanspruch des Beamten.

Aber nicht nur der Staat kann von dem Beamten herausfordern, was dieser ohne rechtlichen Grund erlangt hat, sondern die Rückwirkung der Anfechtung hat auch noch die weitere Folge, daß der Beamte vom Staat zurückfordern kann, um was dieser ungerechtfertigt bereichert ist. Das sind die Dienste, die der Betreffende in seiner jeweiligen Amtstellung dem Staat geleistet hat. Auch dieser Bereicherungsanspruch ist öffentlichrechtlicher Natur, da er aus der Ungültigkeit der Beamtenanstellung herzuleiten ist. Auch hier werden wir daher die §§ 812 ff. entsprechend anwenden können. Wirklich bereichert kann der Staat allerdings nur um solche Dienste sein, die für ihn von Nutzen gewesen sind; doch wird man bei Dienstleistungen eines Beamten im allgemeinen einen Nutzen für den Dienstherrn annehmen können. Da nun bei der Bereicherung um Dienstleistungen die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich ist, so hat der Empfänger gemäß § 818 Abs. 2 den gemeinen Wert zu ersetzen, also hier eine angemessene Vergütung zu leisten[29]). Auf den Wegfall der Bereicherung wird sich der Staat nicht berufen können, da die Dienste des betroffenen Beamten sonst ein anderer Beamter in gleicher Eigenschaft versehen hätte, dem der Staat hätte dasselbe Gehalt zahlen müssen.

Daß auch für diesen Bereicherungsanspruch der ordentliche Rechtsweg offensteht, bedarf wohl kaum noch der Erwähnung.

c) Das Verhältnis beider Ansprüche zueinander.

Wir kommen somit zu dem Ergebnis, daß sich als Folge der rückwirkenden Kraft der Anfechtung zwei Bereicherungsansprüche öffentlichrechtlicher Natur gegenüberstehen. Es taucht daher die Frage auf, ob sich diese Ansprüche durch Aufrechnung tilgen lassen. Das hängt von der weiteren Frage ab: kennt auch das öffentliche Recht das Institut der Aufrechnung und, wenn ja, welche näheren Vorschriften gelten für seine Ausgestaltung?

Im Gesetz fehlt eine allgemeine Regelung, in der Wissenschaft herrscht infolgedessen Streit[30]). Unsere Stellungnahme ergibt sich aus dem bisherigen Verlauf der Untersuchung, in der wir ja schon zweimal nach allgemeinen Sätzen des öffentlichen Rechts suchen mußten. Es handelt sich hier wieder um ein Rechtsinstitut, das einen

[29]) Staudinger, a. a. O. Anm. 4 zu § 818 Bd. II, 2, S. 1673.
[30]) Vgl. Mallachow, im Verw.-Arch. Bd. 28, S. 284.

notwendigen Bestandteil jeder Rechtsordnung überhaupt bildet. Galt es doch schon im römischen Recht als dolos, von jemandem etwas zu fordern, wenn man ihm selbst etwas schuldig war[31])! Dieser Gedanke, aus dem heraus sich die Aufrechnung, d. h. die Tilgung einer Forderung durch Ausgleichung mit einer Gegenforderung, entwickelt hat, kann auch dem öffentlichen Recht nicht fremd sein. Aber nicht nur der rechtliche, sondern — wie Mallachow[32]) sehr richtig betont — auch der wirtschaftliche Grund der Aufrechnung, der darin besteht, „eine möglichst schnelle, einfache und sichere Abwickelung der Geschäfte herbeizuführen", zeigt, daß dieses Rechtsinstitut auch für das öffentliche Recht notwendig ist.

Für zwei wichtige Gebiete des öffentlichen Rechts finden wir unsere Auffassung durch das geschriebene Recht bestätigt, und zwar für das Sozialversicherungsrecht durch die Reichsversicherungsordnung und für das Steuerrecht durch die Reichsabgabenordnung. Nach §§ 223, 622 und 1324 RVO. unterliegen die Ansprüche der Versicherungsberechtigten der Aufrechnung gegen bestimmte Forderungen der die Versicherung leistenden Kasse. Gemäß § 103 RAO. ist der Steuerpflichtige berechtigt, gegen Steueransprüche des Reichs mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Gegenansprüchen aufzurechnen. Diesen Gesetzesvorschriften liegt der allgemeine Rechtsgedanke der Aufrechenbarkeit öffentlichrechtlicher Forderungen gegeneinander zugrunde; nur hat der Gesetzgeber, wie so oft, noch nicht Gelegenheit genommen, diesem Gedanken in allgemeiner Form Ausdruck zu verleihen. Wir können also unbedenklich die Aufrechnung auch im öffentlichen Recht für zulässig erklären. Es kann nicht einmal der aus praktischen Erwägungen vielleicht verständliche Einwand geltend gemacht werden, daß durch die Aufrechnung die Ordnung des öffentlichen Kassenwesens gestört werden könnte; denn wenn die RAO. auf einem so wichtigen und umfangreichen Gebiet wie dem der Steuerverwaltung die Aufrechnung in weitem Maße zuläßt, braucht man für Kassen mit kleinerem Geschäftsbetrieb eine Unordnung nicht zu befürchten[33]).

Haben wir nun die Zulässigkeit der öffentlichrechtlichen Aufrechnung nachgewiesen, so zeigt es sich, daß wir es hier wieder mit einer dem Privat- und öffentlichen Recht gemeinsamen Rechtsform zu

---

[31]) Mallachow, a. a. O. S. 285.

[32]) Mallachow, a. a. O. S. 286 oben.

[33]) Mallachow, a. a. O. S. 285 unten.

tun haben. Da uns nun das öffentliche Recht nähere Vorschriften über die rechtliche Ausgestaltung der Aufrechnung, wie wir sie für die privatrechtliche Aufrechnung in §§ 387 ff. BGB. finden, nicht bietet, läßt sich auch hier die Heranziehung des Privatrechts zur Ergänzung nicht vermeiden. Die Voraussetzungen, an die das BGB. die Zulässigkeit der Aufrechnung knüpft, bestehen darin, daß die Forderungen gegenseitig, gleichartig, gültig und fällig sein müssen (§§ 387, 390). Diese Voraussetzungen treffen für den vorliegenden Fall sämtlich zu, insbesondere sind die Forderungen gleichartig, denn sie sind beide auf Zahlung einer Geldsumme gerichtet.

Die Aufrechnung hat zur Folge, daß die beiden Forderungen erlöschen, soweit sie sich decken (§ 389); die Aufrechnung ist insoweit eine rechtsvernichtende Tatsache. In unserem Falle ist sogar anzunehmen, daß die Ansprüche gleich hoch sein werden; denn der Vergütungsanspruch des Beamten für seine Dienstleistungen dürfte sich der Höhe nach nicht wesentlich von der gezahlten Gehaltssumme unterscheiden, da es in der heutigen Zeit wohl kaum vorkommen wird, daß ein Beamter ein höheres Gehalt bezieht als seine Dienste wert sind. Sollte dies ausnahmsweise doch einmal der Fall sein, so würde durch die Aufrechnung nur eine teilweise Tilgung des staatlichen Bereicherungsanspruchs eintreten, und der Beamte müßte den überschießenden Betrag herausgeben.

Schließlich wäre noch zu bemerken, daß beide Forderungnen in rechtlichem Zusammenhang miteinander stehen, da beide ihren Rechtsgrund in der Anfechtung des Anstellungsakts haben. Im Prozeß muß daher über Hauptforderung und Gegenforderung gemeinschaftlich verhandelt und entschieden werden (folgt aus § 145 ZPO.). Die Zuständigkeit des Zivilrichters für die Entscheidung über die Aufrechenbarkeit kann nicht zweifelhaft sein, da — wie wir oben festgestellt haben — für beide Forderungen trotz ihrer öffentlichrechtlichen Natur der ordentliche Rechtsweg gegeben ist.

2. Die Wirkung auf das Verhältnis des Beamten zu dritten Personen.

Im Innenverhältnis zwischen dem Beamten und seinem Dienstherrn kommt also der Anfechtung der Anstellung rückwirkende Kraft zu. Es geht aber nicht an, dasselbe auch für die Handlungen anzunehmen, die der Betroffene in Beamteneigenschaft Dritten gegenüber vorgenommen hat. Diese Ausnahme von dem oben aufgestellten Satz der Ex-tunc-Wirkung der Anfechtung ist berechtigt und wird auch in dem

einschlägigen Schrifttum durchweg gebilligt[34]). Der Willensmangel, der den Grund der Anfechtung bildet, ist für den Dritten äußerlich nicht erkennbar; er zweifelt daher nicht im geringsten, daß die ihm gegenübertretende Amtsperson wirklich Beamteneigenschaft besitzt und zur Vornahme rechtswirksamer Amtshandlungen berechtigt ist. Dieses Vertrauen in die innere Festigkeit und Stetigkeit der öffentlichen Gewalt, die der Beamte vertritt, würde völlig untergraben werden, wenn in manchen Fällen ein ganzer Kreis von Amtshandlungen nach einiger Zeit für ungültig erklärt werden könnte, abgesehen davon, daß die Durchführung dieser Art der Rückwirkung in der Praxis mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden wäre. Der gute Glaube des Staatsbürgers muß daher geschützt werden. Diesem Erfordernis trägt der schon erwähnte § 32 RFGG. Rechnung, der bei Aufhebung gerichtlicher Verfügungen die Rückwirkung auf Rechtsgeschäfte mit Dritten ausdrücklich ausschließt. Auf Grund vorstehender Ausführungen können wir auch in dieser Bestimmung den Ausdruck eines allgemeinen Grundsatzes des öffentlichen Rechts erblicken, der daher auch für den vorliegenden Fall zutrifft.

Fraglich ist es allerdings, ob dieser Satz auch durchgreift, wenn der Dritte von dem Anfechtungsgrund Kenntnis besitzt, also bösgläubig ist. Im allgemeinen wird man in diesem Falle die Rückwirkung zulassen können, da ein Schutzbedürfnis des Dritten nicht vorliegt. Doch dürfte es gerade im Falle der Amtserschleichung aus Gründen der Zweckmäßigkeit angebracht erscheinen, auch bei Bösgläubigkeit des Dritten die Rückwirkung auszuschließen. Denn der Dritte kann immer nur hinsichtlich der ihm gegenüber vorgenommenen, also nur einzelner Amtshandlungen in bösem Glauben sein; es geht aber nicht an, nur einzelne Amtshandlungen mit rückwirkender Kraft für ungültig zu erklären, die übrigen nicht.

Die Notwendigkeit gesetzlicher Regelung.

Damit stehen wir am Ende unserer Untersuchung. Sie ist dadurch bedingt gewesen, daß für die rechtliche Behandlung der Amtserschleichung jegliche gesetzliche Vorschriften fehlen. Dieser Zustand ist auf die Dauer unhaltbar. Man beabsichtigt zwar, wie der Entwurf der Reichsdienststrafordnung zeigt, bei der Neuregelung des Dienst-

[34]) Kormann, a. a. O. S. 317; Hartmann, Annalen 1917, S. 787; Neuhäuser, a. a. O. S. 101 u. Vogels, a. a. O. S. 260.

strafrechts die Amtserschleichung in den Kreis der Dienstvergehen einzubeziehen. Diese Lösung kann aber nicht befriedigen. Der Gesetzgeber könnte sich auf diese Weise einer größeren und weit wichtigeren Aufgabe entziehen, nämlich der gesetzlichen Erfassung der zahlreichen allgemeinen Probleme, die — wie wir gesehen haben — die Frage der Anfechtung des erschlichenen Anstellungsakts aufschließt und die sämtlich in den ungeschriebenen allgemeinen Teil des Staats- und Verwaltungsrechts gehören. Auf Schritt und Tritt hat unsere Untersuchung gezeigt, wie notwendig es ist, diesen „Allgemeinen Teil" in Gesetzesform zu fassen. Die Praxis, die sich sehr oft mit derartigen Fragen zu beschäftigen hat, muß in der Lage sein, ihre Entscheidungen unmittelbar auf Grund geschriebenen Rechts und nicht erst nach schwierigen und zeitraubenden wissenschaftlichen Untersuchungen zu treffen. Schon von vielen Seiten[35]) ist daher die Notwendigkeit der Schaffung eines solchen Gesetzbuchs hervorgehoben worden. Am treffendsten beweist Kormann in der Einleitung zu seinem grundlegenden Werk den Wert eines allgemeinen Teils des Verwaltungsrechts durch den Hinweis darauf, daß im Privat- und Strafrecht niemand mehr den allgemeinen Teil des BGB. bzw. StGB. missen möchte. Daß die gesetzliche Erfassung auch der allgemeinen Lehren des Verwaltungsrechts schon jetzt möglich ist, zeigt uns die RAO., die als erstes derartiges Gesetz wenigstens für das Sondergebiet des Steuerrechts einen allgemeinen Teil bietet. Es sollte möglich sein, etwas Ähnliches für das gesamte Gebiet des öffentlichen Rechts zu schaffen und Einzelgesetzen nur dann Raum zu geben, wenn eine abweichende Regelung notwendig sein sollte.

---

[35]) Fleiner, a. a. O. S. 56; W. Jellinek, a. a. O. S. 1 f.; Kormann, a. a. O. S. 1 ff.; Neuhäuser, a. a. O. S. 1 u. 105 u. a.

Lebenslauf.

Ich, Helmut Leschhorn, wurde am 24. Januar 1905 zu Breslau als Sohn des Mittelschulrektors Oskar Leschhorn und seiner Ehefrau Anna, geb. Geisler, geboren. Ich bin preußischer Staatsangehöriger und evangelischen Bekenntnisses. Vom Jahre 1912 an besuchte ich das staatliche König Wilhelms-Gymnasium in Breslau, das ich im Jahre 1923 nach bestandener Reifeprüfung verließ. Dann widmete ich mich auf den Universitäten Breslau und Göttingen dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften.

Am 20. und 21. Mai 1927 bestand ich am Oberlandesgericht in Breslau die erste juristische Staatsprüfung. Seit dem 25. Juli 1927 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst. Die mündliche Doktorprüfung legte ich am 9. Februar 1928 an der Universität Breslau ab.